الهداية (مع شرحها) الكفاية

في المسائل الفقهيه ودلائلها النقلية والعقليه

قد اهتم بطبعهما معا مع بذل الجهد في حسن ترتيبهما وتصحيحهما

خادم العلماء مهين الاطباء

عبد المجيد

عفا عنه الله الوحيد

امتثالا لامر كميتي اف پبلك انستركشن

باعانة هؤلاء العلماء الاعلام والفضلاء الكرام حفظهم الملك المنعام

قاضي القضاة السيد حامد الله النقوي والمفتي عباس علي والمفتي غلام سبحان والحافظ المولوي احمد كبير والمولوي بديع الدين والمولوي عبد الله والمولوي محمد علي والمولوي قدرة الله والمولوي عجيب احمد

سنه ۱۲۴۷ هجري

THE HIDAYAH,

WITH

ITS COMMENTARY,

CALLED

THE KIFAYAH,

A Treatise on the Questions of Mohammadan Law.

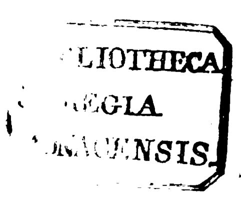
PUBLISHED UNDER THE AUTHORITY OF THE COMMITTEE OF PUBLIC INSTRUCTION.

BY

HUKEEM MOULUVEE ABDOOL MUJEED.

With the Assistance of other learned Men of Calcutta.

1831.



فهرس الهدايه والكفايه

المجلد الثالث

كتاب البيوع ١

كتاب الصلح ٥٨٥

كتاب المضاربة ٦١٦

كتاب الوديعة ٦٥٠

كتاب العارية ٦٦٢

كتاب الهبة ٦٧٣

كتاب الاجارات ٧٠٠

كتاب المكاتب ٧٥٩

بســــــم الله الرحمن الرحيم

كتـــــــــــــــاب البيوع

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وهو من الاضداد ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملک قصدا ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه والشراء كذلک من الاضداد قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم اي باعوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملک قصدا وانما جمع المصدر على تاويل انواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع المساومة وهو البيع بثمن يتفقان عليه وبيع المرابحة وهو البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الاول بلا زيادة وبيع الوضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول والكل مشروع اذ البيع يطلق على الكل وقيل ان انواع البيع ترتقي الى عشرين نوعا او اكثر والكل مذكور في النهاية وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تع واحل الله البيع وحرم الربوا والسنة قال عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وكذا بعث رسول الله عم والناس يتبايعون فقررهم على ذلک والتقرير احد وجوه السنة وعليه اجماع الامة والمعقول وهو ان الله تع جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد وشرع التجارة طريقا الى الاكتساب اذ كل ما يحتاج اليه كل احد لا يوجد (مباحا)

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

مباحا في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغلب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي واليه اشار بقوله تع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض واما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها وقد عرف في اصول الفقه واما ركنه فالايجاب والقبول على ما يجيء واما شرطه فانواع منها في العاقد وهو ان يكون عاقلا مميزا ومنها في الآلة وهو ان يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو ان يكون مالا متقوما وان يكون مقدور التسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهو الملك او الولاية واما حكمه وضعا وقصدا فالملك وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا الا لمانع وقولنا الا لمانع احتراز عن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع وذلك ممتنع مع كونه ملكا لدلنهي النبي عم عن بيع ما لم يقبض واما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات الثابتة في البيع فاحكام البيع لكن بطريق الضمن*

قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد عبارة عن انضمام كلام احد العاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن اثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف واليه اشار بقوله البيع ينعقد حيث لم يقل البيع هذان اللفظان والايجاب عبارة عما يتقدم من احد العاقدين من قولهما بعت واشتريت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعد هذا بقوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع والمراد من الايجاب ههنا هو الاثبات لا ان يكون المراد منه الزام حكم على وجه يأثم صاحبه عند تركه لانه لا ولاية لاحدهما على الآخر فبقوله بعت يثبت كلام نفسه او يثبت الجواب على الآخر اما بالرد او بالقبول وذلك لان الايجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب اي التحقق والثبوت فان قوله بعت قبل ان يتكلم (به)

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا اوخذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة * **قال** واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار

به البائع كان في حيز الجواز فلما قال بعت فقد صرف ذلك الجواز الى الثبوت فكان هو مثبتا لكلامه ا ومثبتا للجواب على الآخر فعلى الوجه الاول كان ينبغي ان يسمى القبول ايجابا ايضا الا ان المشتري لما قبل ما اوجبه البائع يسمى قبولا للتمييز بين السابق واللاحق * **قوله** والانشاء يعرف بالشرع وهو اثبات مالم يكن ثابتا لان الواضع لم يضع للانشاء لفظا خاصا فاستعمل اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للانشاء وانما خص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا له بمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار من الماضي * **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال زوجني فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح والفرق ان النكاح لايخلو عن تقدم الخِطبة والخُطبة وهما يدلان على ان المراد الحال اما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله ابيعك عدة وبعني استياما وطلبا وذا لايدل على الوجود لا محالة ولان قوله زوجني نفسك تفويض العقد اليها فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان مامورا به وذا لايتأتى في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الآخر ولايلزم عليه انه لو قال خذه بالف فان البيع ينعقد بدلانه امره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعتك بكذا فخذه * **قوله** في النفيس والخسيس وهو الصحيح المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس مايقل (ثمنه)

ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

ثمنه كالبقل والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احترازعن قول الكرخي فانه قال انما ينعقد البيع بالتعاطي في الاشياء الخسيسة نحو البقل وعامتهم على انه ينعقد في جميع الاشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء لانه وجد التراضي وهو المعتبر في الباب الا انه لما كان باطنا اقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التراضي والتعاطي ادل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطي الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة الحلوائي رحمه الله وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفي *

قوله ان شاء قبل في المجلس خيار القبول يمتد الى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور لنا ان المشتري يحتاج الى التامل والتروي انه هل يوافقه ام لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر * **قوله** لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل تعلق به حق المشتري فوجب ان لا يتمكن من ابطاله كمن عجل الزكوة الى الساعي قبل تمام الحول فانه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق حق الفقير به وكذا لو قضى المكفول عنه المال الى الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الى صاحب المال شيأ ليس للمكفول عنه ان يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله قلنا اما الزكوة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمعجل نظرا الى وجود اصل العلة واما الكفالة فلان الكفيل وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ولهذا اصح ابراء الكفيل للمكفول عنه قبل اداء الكفيل والابراء عن الدين (قبل)

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى *

قبل الدين لا يصح الا ان المطالبة تتأخر الى وقت الاداء فيكون بمنزلة الدين الموجل فملكه بقبضه واما ههنا فبمجرد ايجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الامر انه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا لا يعارض حقيقة الملك فلو لم يكن للموجب الرجوع يلزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز الا ترى ان للاب حق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه يجوز له التصرف كيف ما شاء واراد *

قوله والكتاب كالخطاب وهو ان يكتب فيقول اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما وكذا الارسال وهو ان يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد وكذا الجواب فى الاجارة والهبة والكتابة فاما فى الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع حتى ان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على الف درهم فبلغها الخبر فاجازت او قبلت صح وكذا الاعتاق على مال يتوقف على اجازة العبد وان كان غائبا بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف فاما فى النكاح فلا يتوقف الشطر عند ابي حنيفة ومحمد رح وعلى قول ابيوسف رح يتوقف **قوله** وليس له ان يقبل في بعض المبيع واذا اوجب البائع البيع في شيئين او ثلثة واراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الآخر فهذا على وجهين ان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفقة اذا كانت واحدة فالمشتري (بقبول)

قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

بقبول العقد في احدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة
فيما بين الناس انهم يضمون الردي الى الجيد فى البياعات وينقصون شيئا عن ثمن الجيد
لترويج الردي بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما والمشتري يقبل العقد
فى الجيد ويترك الردي على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر
بالبائع وقال القدوري رح الا ان يرضى البائع فى المجلس نحو ان يقول بعتك
هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع او يقول بعتك
هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في احدهما فيرضى به البائع او يقول
بعتك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في احدهما فيرضى به البائع
ويكون ذلك من المشتري فى الحقيقة استيناف ايجاب لا قبولا فاذا رضي به البائع
فى المجلس يصح قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة
معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال فى العبد الواحد وفى القفيزين لان الثمن
ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل قفيز معلومة فاما اذا كان الثمن ينقسم
باعتبار القيمة نحو ان اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشتري
في احدهما وان رضي به البائع لان القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء ايجاب
فاذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لو جاز البيع فى الذي قبل كان هذا ابتداء
عقد بالحصة وانه لا يجوز ولو قال بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري
البيع في احدهما ذكر في بعض المواضع انه يجوز وذكر فى الجامع انه لا يجوز الا ان يقول
بعتك هذين العبدين بعتك هذا بمائة وبعتك هذا بمائة فقبل المشتري احدهما جاز اما
اذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا
فعلى هذا قوله فى المتن الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى اي الا ان يدرج (تكرار)

لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا * واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

تكرار لفظ العقد لان به تتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثمن بان ذكر الثمن جملة والبائع واحد والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة واتحد الباقي بان قال البائع بعتك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة ايضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشتري اثنين والثمن ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعت هذا منكما بكذا او قال المشتريان اشترينا هذا منك بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام في جانب التفرق فنقول ان تفرقت التسمية بان سمي لكل بعض ثمنا على حدة ويكرر البيع او الشراء والبائع واحد والمشتري واحد بان قال البائع لرجل بعت منك هذه الاثواب بعتك هذا بعشرة وبعتك هذا بخمسة او قال المشتري اشتريت منك هذه الاثواب اشتريت هذا بعشرة واشتريت هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق واما اذا تفرق الثمن الا انه لم يكرر لفظ البيع والشراء واختلف العاقد بان كان من احد الجانبين اثنين او كان من كل جانب اثنين ذكر في بعض المواضع انها صفقة واحدة وذكر في بعض المواضع انها صفقتان قيل الاول استحسان والثاني قياس وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قول صاحبيه رح * ذكر في المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه *

قوله لان القيام دليل الاعراض فان قيل اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغي ان ينعقد لان الصريح اقوى من الدلالة قلنا ان رجحان الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل ان ثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت (حكم)

ولنا ان فى الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة
اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال

حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان
هو قويا في نفسه لانه انفسخ بمجرد القيام ما كان متوقفا والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ✱
قوله ولنا ان فى الفسخ ابطال حق الآخر لان العقد لما تم بالايجاب والقبول
ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من ايهما كان ابطال حق الآخر بلا رضاه فلا يجوز
كما بعد الافتراق عن المجلس **قوله** والحديث محمول على خيار القبول والتفرق
تفرق الاقوال اي اذا اوجب احدهما البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل
وللموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا
فان تفرقا قولا بان قال احدهما بعت والآخر اشتريت لم يبق الخيار بعده **قوله** وفيه
اشارة اليه اي فى الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها
ولا قبلها كالمقابلين والمناظرين وتحقيقه ان الاحوال ثلث حالة لم يوجد فيها الايجاب
والقبول وحالة وجدا فيها وحالة وجد فيها احدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما فى
الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار مايؤل اليه او باعتبار ما كان فبقيت الحالة الثالثة
اذ هي جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارع ابقى الايجاب ماداما فى المجلس ليرتبط
بالقبول فان قيل بعد وجود كلامهما ابقاهما الشارع متبايعين لما ان الشارع اعطى
للعقود الشرعية حكم الجواهر لما عرف قلنا الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة
كلامهما فان الكلام كما وجد يضمحل ويتلاشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما
ان التفرق تفرق الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون ردا
لاحتمال آخر كيف وقد روي عن النبي صلعم في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما
فان قيل ففي كل واحد من المحملين اعني ما حمله الشافعي وما حملناه نوع مجاز (اما)

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة *

اما فيما حمله الشافعي فما ذكروا اما فيما قلنا فهو ان التفرق من الاوصاف فقيامها لا يكون الا بالاعيان فلو اسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا ان يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك ان يسند التفرق الى البدن ليكون قولا بحقيقة التفرق قلنا نعم كذلك الا ان اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع و فاش في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى لا نفرق بين احد من رسله هذان في الاعتقاد قال وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال عم تفترق امتي بعدي على ثلثة وسبعين هذا ايضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول حملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث انه يتسارع اليه الافهام وصيانة لاسم المتبايعين عن الحمل على ما ذكرنا * وذكر في الاسرار ان المراد من الخيار المذكور خيار الاقالة بدليل انه اضاف اليهما وانما الاقالة المتبرأة تتعلق باختيارهما جميعا لا الرد بخيار المجلس * وذكر في الايضاح ولا كلام للشافعي رح من حيث الفقه فان قضية العقد اللزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما فثبوت الخيار يستدعي سببا لا محالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رح **قوله** اويحتمله اي يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ما ذكرناه *

قوله والاعواض المشار اليها هذا يتناول الحجرين وغيرهما ثمنا كان او مثمنا لان الاشارة كافية في الكل اذ هي ابلغ اسباب التعريف الا في الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان اشير اليها **قوله** في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة (مقدار)

والاثمان المطلقة لاتصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل *

قال ويجوز البيع بثمن حالّ ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحلّ الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاماً الى اجل معلوم ورهنه درعه ولابد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها *

قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحرّي للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواءً لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان اويكون احدها اغلب واروج فحٍ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها

مقدار رأس المال شرط فيه عند ابيحنيفة رح اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره *

قوله والاثمان المطلقة اي الكاملة في الثمنية وهي الحجران لانهما خلقا للثمنية اواراد به غير المشار اليها لوجهين احدهما انه ذكر في مقابله المشار اليه والثاني ان ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشارا اليه وان لم يكن هو مخلوقا للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة * والاموال ثلثة ثمن محض وهو ما يكون مقوما لنفسه ولغيره وسلعة محضة وهو ما لا يكون مقوما لنفسه ولغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمنا اذا كان موجلا كالمكيل والموزون * وصورة الاثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولاوصفه وكذا لوقال بالدراهم وبيان القدر ان يقول عشرة اوخمسة وبيان الصفة ان يقول بخاريّ اوسمرقنديّ **قوله** وكل جهالة هذه صفتها وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان مجهول القدر مشارا اليه وكما لوباع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار وكما لوباع قفيزا من صبرة طعام مشار اليها **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع (اي)

كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ماقدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية *

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة *

قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابيحنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر *

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جميع قفزانها

اي ذكر القدر دون الصفة بان قال اشتريته بعشرة دراهم ولم يقل انها بخارية او سمرقندية فانه لولم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو ذكرهما كان عين تلك المسئلة بعد الاستثناء وهي قوله والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة *

قوله كالثنائي والثلاثي بان يكون النقد الواحد احاديا وهو ان يكون الواحد منه درهما والاخر ثنائيا وهو ان يكون الاثنان منه درهما والآخر ثلاثيا وهو ان يكون الثلث منه درهما فمالية الاثنين او الثلث كمالية الواحد من الاحادي ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم الى احد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنان من الثنائي والثلث من الثلاثي فح يصح العقد على الدرهم المطلق **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يفيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز كذا في الذخيرة * **قوله** وعن ابيحنيفة رح (انه)

وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان اوبالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان عليّ كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار

انه لايجوز في البيع ايضا لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فانه ليس بمجازفة ولايشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيال معلوما وعن ابي يوسف رح في بيع المعين ان عين مكيالا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لاينقبض ولاينبسط كالقصعة ونحوها يجوز *

قوله وقالا يجوز في الوجهين اي سمي جملة القفزان اولم يسم **قوله** لجهالة المبيع والثمن فان قيل سلمنا ان فيه جهالتهما ولكن الجهالة انما تفسد البيع اذا كانت مفضية الى المنازعة وهذه ليست بمفضية اليها لان كل قفيز مقابل بدرهم وقد تراضيا به فبعد ذلك لايتفاوت بين ان تكون الصبرة مائة قفيز اولم تكن قلنا قد تفضي الى المنازعة لان البائع يطالب من المشتري قبض الثمن اولا والثمن غير معلوم وهذا لايدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان **قوله** ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع ايضا كما في البيع بالرقم فانه فاسد وان كانت ازالة الجهالة بيدهما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لايعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لانه يحتمل ان يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم او اكثر او اقل وعن هذا (قال)

لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل فی المجلس اوسمي جملة قفزانها لانه علم ذلک الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع *

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوائي رح وان علم بالرقم فی المجلس لاينقلب ذلک العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما علی الرضی فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداءً بالتراضي واما في مسلتنا تدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلک يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة بيدهما فيجوز واما جواب ابي حنيفة رح من بيع عبد من عبدين ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص والاصل عند ابي حنيفة رح ان كلمة كل متی اضيفت الی مالا يعلم منتهاه تتناول ادناه وهو الواحد كما لو قال لفلان عليّ كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشتری صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم وكذلک اذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهر واحد وعندهما هو كذلک فيما لايكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه واما فيما يعلم جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لوكان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة ابلغ فی التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد فی الكل عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد منها والجهالة التي في جملة الثمن لاتفضي الی المنازعة وفي الفوائد الظهيرية فان قيل ما ذكره ابو حنيفة وصاحباه رح ينتقض بما اذا قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق او قال كل عبد اشتريه فهو حر فانه ينصرف الی كل امرأة يتزوجها والی كل عبد يشتريه فينبغي ان لايجوز هذا علی ذلک الاصل المذكور اتفاقا قلنا نحن ندعي ذلک فيما يجري فيه المنازعة لا فيما لايجري فيه النزاع *

قوله لتفرق الصفقة عليه فان قيل ينبغي ان يكون للبائع الخيار ايضا لتفرق الصفقة عليه ايضا قلنا التفرق في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل للكل فكان راضيا به فان قيل ينبغي ان لايكون للمشتري الخيار علی قول ابي حنيفة رح لان شراء الصبرة يقع علی قفيز (واحد)

قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غيران بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لايجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلاتفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق *

قال من ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة اوارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الاترى انه عبارة عن الطول والعرض

واحد عنده فكانه اشترى قفيزا من صبرة وثمه لايكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن المشتري عالما بان العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم كما لو كيل اوسمي جملة قفزانها في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لان الثمن كان مجهول القدر عنده وانما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمنا في الحال فيتخير لاجله ويسمى هذا خيار الكشف *

قوله والقدر ليس بوصف اعلم ان المشائخ ذكروا في الفرق بين الاصل والوصف حدودا قيل ان ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه اصل وقيل الوصف ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره والاصل ما لايكون بهذه المثابة وقيل ان ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو اصل وما ينتقص الباقي بفواته فهو وصف فعلم بهذا ان القدر في المكيلات والموزونات اصل والذراع (في)

والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضاء

قال وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولاخيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم

في المذروعات وصف فاذا انتقص قفيز من مائة قفيز لايتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد واليد والعين اذ افاتتا ينتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا فات لايشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان العبائي اذا كان خمسة عشر ذراعا ويشتري بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة اذرع منه لايشتري الباقي بعشرة دنانير *

قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن دل عليه ان الجارية اذا اعورّت في يد البائع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا للمشتري ان يبيعها مرابحة بالثمن الاول من غير بيان فان قيل الاوصاف لولم يقابلها شيء من الثمن وجب ان لايرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد حتى ان رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه او مات عنه ثم اطلع على انه لم يكن اصابع يده تامة يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا الاوصاف لايقابلها شيء من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما اما حقيقة فكما اذا باع عبدا فقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع واما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق الشارع اولحق البائع اما حق البائع فكما اذا تعيب المبيع عند المشتري واما حق الشارع فكما اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فخاطه ثم وجد به عيبا فالوصف متى صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** كاطراف الحيوان كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم * (قوله)

ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا الكل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط *

قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابيحنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به فاستعير لما يحله الذراع

قوله ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف من وجه لما مر واصل من وجه لانه عين ينتفع به بانفراده فعملنا بالشبهين في الجانبين فقلنا اذا قابل كل ذراع بدرهم كان اصلا لان مقابلة الثمن من خواص كونه اصلا اذ الثمن لا يقابل الاوصاف فنزل كل ذراع منه منزلة ثوب فان قيل الذراع لو كان اصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب ان يمنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر لا تدخل الزيادة في العقد قلنا الفرق بينهما هو ان الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لانه يصير بائعا بعض الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في الفوائد الظهيرية * وفي شرح الطحاوي وكذلك كل وزني اذا كان في تبعيضه مضرة كالدرة وكالاناء من فضة او صفر او ما اشبه ذلك اشتراه على انه كذا فوجده اقل او اكثر فهو على التفصيل الذي ذكرناه في الذرعي لان الوزن فيما في تبعيضه مضرة من جملة الصفة كالذرع في الذرعي * (قوله)

وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابيحنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

قوله وهو المعين اي الذي وقع عليه الذراع معين الا انه مجهول لان الخشبة تحل مكانا معينا فيكون مجازا عن المعين لا عن الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وانما الجهالة في ان تلك العشرة في اي موضع من الدار في صدرها واسفلها او في غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة اسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضي الى المنازعة فكان صاحب عشرة اسهم شريكا لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في اي موضع كان فلا تؤدي الى المنازعة **قوله** خلافا لما يقوله الخصاف رحمه الله ذكر الخصاف في هذه المسئلة ان فساد المبيع عند ابي حنيفة رح لجهالة جملة الذرعان فاما اذا عرفت مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسئلة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة ان كان عدد جملة الشاة معلوما يجوز عنده وان لم يكن معلوما لا يجوز * وذكر ابوزيد الشروطي رح ان على قول ابي حنيفة رح البيع فاسد وان علم جملة الذرعان وهو جواب الجامع الصغير وهو الصحيح **قوله** لبقاء الجهالة اي الجهالة باقية علم جملة الذرعان او لم يعلم فالمشتري يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها فتؤدي الى النزاع ومما يوضح الفرق بين السهم والذراع ان ذراعا من مائة ذراع وذراعا من عشرة اذرع سواء وسهم من عشرة اسهم لا يوازيه سهم من مائة سهم وذكر في الجامع الصغير للامام شمس الائمة السرخسي رح ولم يذكر ههنا ولا في البيوع انه لو اشترى عشرة اذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما فمن اصحابنا من يقول ينبغي ان لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهما منها والاصح انه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فانه يمكن ان يذرع جميع الدار حتى اذا كانت مائة ذراع علم ان المبيع عشرها (وان)

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما

وان كان خمسين ذراعا علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما منها ولم يقل من كذا كذا سهما لان تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة اسهم العشر اما في الذراع فازالة الجهالة ممكنة *

قوله ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن اما في فصل النقصان فلجهالة الثمن لانه يحط ثمن ثوب واحد وثمن ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا فالثمن انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدرى قيمة الغائب بيقين اذ لا يدرى انه كان جيدا او وسطا او رديا حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صارت حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة وهذا لانا لو صورنا الغائب جيدا تنقص حصة الباقي ولو صورناه رديا تزيد حصة الباقي فوضح ان ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع واما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لان المبيع عشرة من احد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من احد عشر فاسد للجهالة المفضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدرى اي ثوب يرد على البائع الجيد ام الردي فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع

قوله ولو بين لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح بقدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والثمن معلوم ايضا لانه متى سمى لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف (ما)

وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا * ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح ياخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه

ما اذا لم يسم ثمنا لان حصة الغائب لا تعلم انها عشرة ام تسعة ام احد عشر فجهالته تؤثر في جهالة الباقي وله الخيار ان شاء اخذ كل ثوب بما سمى وان شاء ترك لانه ربما يكون الباقي رديا والغائب جيدا او المشتري انما رغب في الردي لمكان الجيد فيتضرر بتفرق الصفقة قبل التمام فيتخير دفعا للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا واكثر مشائخنا على ان الجواز في فصل النقصان قولهما اما عند ابي حنيفة رح فالعقد فاسد لان العقد فسد في البعض لمفسد مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد اقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد بمفسد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد او اشترى ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فوجد احدهما مرويا فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد في الكل اذا وجد احدهما خلاف جنس ما سمى فلان يفسد ههنا ولم يوجد احد ما سمى اصلا اولى قال شمس الائمة السرخسي رح الاصح ان هذا قولهم لانه انما فسد العقد في الكل ثمه لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر ولم يوجد ههنا لانه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود ولا قصد ايراد العقد على المعدوم (وانما)

فيجري عليه حكمها ولابيبيوسف رح انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابيحنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لايتفاوت جوانبه لايطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسئلة الهرويين لانه جعل ثمه قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرط القبوله في الآخر وهو شرط فاسد وكذا في مسئلة الحر لانه شخص موجود يتحقق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطا فاسدا ولا كذلك ههنا اذ لاقبول يشترط في المعدوم **قوله** فيجري عليه اي فيجري على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ فيجزأ عليه من التجزية وهو ظاهر **قوله** فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال ابوحنيفة رح اصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير اصلا بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيدة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصالة فبقيت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير ثمن واما الجواب عن قول محمد رح بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلا بنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار اصلا باعتبار الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لايقع على ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى اصله وهو الصفة وهذا هو الجواب ايضا عن قول ابيبوسف رح وما ذكر ان الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره التبعيض كالقميص والسراويل والعمائم والاقبية اما اذا اشترى كرباسا لايتفاوت جوانبه على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو احد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز كما اذا باع قفيزا من الصبرة * (قوله)

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا لها ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء

قوله فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت يحنث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حنث بعد انهدام البناء لان الكل ينتفي بانتفاء الجزء مع ان الايمان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناك اليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر الا ترى ان من حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعدما صار تمرا لا يحنث وقد اعتبرت الصفة في المعين لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يضر اكل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل لحمه بعدما صار كبشا يحنث وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنث بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء فيدخل البناء في الشراء عرفا * **قوله** ولانه متصل به اتصال قرار والاصل ان العرصة اصل في الدار لان قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الا اذا كان شيئا جرى العرف بين الناس ان البائع يسامح به فح يدخل بلا ذكر ولهذا قلنا ان الغلق يدخل في البيع بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف اذ البائع لا يمنعه عن المشتري بل يسلمه مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم * (قوله)

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها
ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء
فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري
مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح
يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد
وفي العادة ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم
واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال
له قيمة اولم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين
على ما نبيّن فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها
صاحبها ولم ينبت بعدُ لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة
فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه
قبل ان يناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق

قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل بخلاف الحمل
حيث يدخل في بيع الام لانه جزء الام فيدخل وان كان بعرض الفصل **قوله** ولو نبت
ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل وفي شرح القدوري وشرح القاضي
الامام الاسبيجابي رح ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض من غير ذكر اذا لم ينبت بعدُ
او نبت وصار له قيمة اما اذا نبت ولم تصر له قيمة بعدُ يدخل وقيل لا يدخل والاول اصح
وفي فتاوى الفضلي اذا باع ارضا فيها زرع لم ينبت فان كان البذر قد عفن في الارض
فهو للمشتري والا فهو للبائع فان سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع
والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يتقوم بعد واختيار الفقيه ابي الليث (انه)

لانهما ليسا منهما ولوقال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها اوقال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها اومن مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لايدخل الا بالتصريح به *

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال اوفي الثاني وقد قيل لايجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا اوبشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لايقتضيه العقد وهوشغل ملك الغير اوهو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة

انه لايدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصا اودلالة كذا في الذخيرة **قوله** لانهما ليسا منهما اي الزرع والثمر ليسا من المرافق والحقوق لان الحق يذكر لما هو تابع للمبيع ولابد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتفق به اي ينتفع به ويختص بما هو من التوابع كالمتوضأ والمطبخ ومسيل الماء **قوله** ولم يدخلا لما قلنا وهو قوله لانهما ليسا منهما **قوله** ومن باع ثمرة ولم يبد صلاحها بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب وقيل لايجوز قبل ان يبدو صلاحها لانها مستحق القطع اذ لايصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعا بها حالا ومآلا فلم يصح **قوله** اوهو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض الثمن فهو اجارة مشروط في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من الثمن فهو اعارة مشروطة في البيع **قوله** وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لما قلنا اي انه شرط لا يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد العقد وهذا لانه يحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشتري (فيه)

بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة

فيه نفع والمعتاد الترك بلا شرط لا شرط الترك وفي الاسرار الفتوى على قول محمد رح *

قوله بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض والشجر وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فيفسد العقد ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب انه لا يصح عندنا خلافا لمالك رح وكان شمس الائمة الحلوائي والفضلي رح يفتيان بالجواز في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعده تبعا استحسانا لتعامل الناس وقد روي عن محمد رح في بيع الورد على الاشجار انه يجوز ومعلوم ان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والاصح انه لا يجوز كذا في المبسوط لانه جمع في العقد بين الموجود والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا اما في الباذنجان والبطيخ فلانه يمكن ان يبيع اصولهما حتى يكون الحادث على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه ان يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجوده فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم

قوله لان هذا تغير حالة كتغير اللون والطعم والثمار اذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد رح استحسن جوازه (قوله)

لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه **قال** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رض قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

قوله لعدم التعارف والحاجة لان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولهذا لو استأجر نخلا ليجفف عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها على الاشجار **قوله** فبقي الاذن معتبرا فان قيل الاذن ثبت في ضمن الاستيجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث * **قوله** لان الاجارة فاسدة للجهالة اي لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر الادراك اذا طال البرد **قوله** ولا تجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة سواء كان على الشجر او بعد الجز خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وهذه (الجهالة)

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلى الاخضر وكذلك الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه

الجهالة تفضي الى النزاع اذ المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الاردأ على انه يحتمل ان الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد كما لو استثنى قفيزا من صبرة وما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناؤه من العقد كما لو استثنى عضوا من الشاة ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما يتناوله الكلام في حق الحكم فانما يصح في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وبيع الحمل واطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثناؤه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة الاصل فلا يستقيم استخراجه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم *

قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها الخ فان قيل اذا باع حب قطن في قطن بعينه او باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز مع انه موجود في غلافه كالحنطة في سنبلها قلنا اشار ابو يوسف رح الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى انك تقول هذه حنطة وهي في سنبلها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل انه اذا باع شيئا وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنابلها والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع لبنا في الضرع او لحما في الشاة او شحمها او اليتها او اكارعها او جلودها او باع دقيقا في هذه الحنطة او زيتا في هذا الزيتون او دهنا في هذا السمسم او عصيرا في هذا العنب من الاشياء التي في خلقتها بحيث لا يمكن اخذها وقبضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها * (قوله)

فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ماروي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لايجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لوباعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لوباعه بجنسه لايجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لايدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لاينتفع به بدونه

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة العداد والوزان والذراع واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده

قوله فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه اي تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة وتراب الذهب بتراب الذهب او بالذهب وهو تراب يجتمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة **قوله** نهى عن بيع النخل اي بيع ثمر النخل **قوله** حتى يبيض ويامن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية **قوله** كالشعير يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع **قوله** وفي مسئلتنا اي في بيع الحنطة في سنبلها لوباعه بجنسه اي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لايجوز لشبهة الربوا لانه لايدري قدر ما في السنابل **قوله** اذ لاينتفع به اي بالغلق بدونه اي بدون المفتاح فان قيل الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره او ذكر الحقوق قلنا شرى الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة واما المغلاق فلايكون مقصودا منفردا (عن)

وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه

قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لايتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة **قال** ومن باع سلعة بسلعة اوثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

* باب خيار الشرط *

قال خيار الشرط جائز فى البيع للمشتري والبائع ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها

عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استاجر دارا يدخل الطريق بدون الذكر *

قوله في رواية ابن سماعة عنه اي عن محمد رح على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد رح **قوله** تحقيقا للمساواة اي في تعيين حق كل واحد منهما وفى المالية ايضا لان الدين انقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا فى المغني والله اعلم

* باب خيار الشرط *

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم الى سببه كصلوة الظهر اذ لولا الشرط لما ثبت الخيار والموانع انواع مانع يمنع انعقاد العلة كاضافة البيع الى الحر ومانع يمنع تمام العلة كبيع مال الغير ومانع يمنع الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان ان خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم ان الشرط دخل على الحكم دون السبب لان الاثباتات لاتقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخلا على الحكم دون السبب فيتنجز السبب ويتعلق الحكم تقليلا للتعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه (بشرط)

والاصل فيه ماروي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابيحنيفة رح و هو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن و قد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفه رح خلافا لزفر رح هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا

بشرط الخيار للبائع تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو اشتراه بعد ذلك بيعا باتا لا يعتق عليه فلولا انعقاد السبب لما انحلت اليمين ولولا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق

قوله حبان بن منقذ بفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة واحدة تحتانية وقد كان يغبن في البياعات لمامومة اصابت رأسه والخلابة الخداع يقال خلبه بمنطقه اذا امال قلبه بالطف القول وغبنه في البيع اي خدعه والغبن ضعف الرأي يقال رجل غبين الرأي ومعنى قوله لا خلابة اي العدول عن البيع الباتّ الى الخيار ليس مني غرور وخداع لكن بل المقصود التروّي ويحتمل انه لا خلابة من جهة البائع لي يعني اثبات الخيار لي حتى اتروى وادفع الغبن عن نفسي ان كان في هذا البيع **قوله** فصار كالتاجيل في الثمن اي جوز قليله وكثيره وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة **قوله** فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة وذكر في المبسوط وابوحنيفة رح استدل بالحديث بان النبي عم قدر الخيار بثلثة ايام والتقدير الشرعي انما يكون لمنع الزيادة والنقصان اولمنع احدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فان اشتراط الخيار دون ثلثة ايام يجوز فعرفنا انه لمنع الزيادة اذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة (وفي)

وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول * ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعاً

وفي حديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به خيار الرؤية او خيار العيب وانه اجاز الرؤية بعد الشهرين *

قوله اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما لو باع جذعا في السقف ثم نزعه وسلمه او باع بالرقم واعلمه في المجلس الرقم في الاصل الكتابة والختم والتاجر يرقم الثياب اي يعلمها بان ثمنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال او غيره بان ثمن الثوب كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب او الدلال او غيره بعتك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير ان يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزا بالاتفاق وهذا عند اهل العراق من اصحابنا رح فان عندهم ينعقد العقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط والاوجه انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب اهل خراسان واليه مال الامام السرخسي رح **قوله** وهذا على الوجه الاول وهو قوله وله انه اسقط المفسد يعني ان القول بانعقاده فاسدا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد انما يستقيم على التعليل الاول واما على التعليل الثاني وهو قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع الى آخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لانه لم ينعقد فاسدا اذ المفسد هو اتصال اليوم الرابع ولما اجاز في الايام الثلثة علم ان العقد كان جائزا من الاصل (قوله)

والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا من المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر رح وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا **قال** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة فلا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

قوله والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار في المقصود لانه يكون ثمه مخيرا في الايام الثلثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير انه جعل ترك النقد امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء كانه قال ان شئت اجزت العقد فانقد الثمن الى ثلثة ايام وان شئت افسخه فلا انقد وفي الحاجة اذ كما يحتاج ثمه الى التروي في المبيع هل يوافقه ام لا يحتاج ههنا الى التامل في الثمن هل يصير منقودا ام لا فان قيل لو سكت ثمه حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع فلا يكون في معناه قلنا الحاجة ماسة الى انفساخ العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع غبن عدم النقد فكان ملحقا به من حيث الحاجة الى دفع الغبن **قوله** وابو يوسف رح اخذ في الاصل اي في شرط الخيار بالاثر وهو ما روي ان ابن عمر رض اجاز الخيار الى شهرين وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام في خيار النقد بالقياس لان القياس في شرط الخيار ما قاله ابو حنيفة رح وانما تركناه باثر ابن عمر رضي الله عنهما ولا اثر ههنا فبقي على اصل القياس **قوله** بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها اي لتعلق الاقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها فيه مفسد بان قال بعتك هذا العين على ان تقيله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لانها غير معلقة وذكر في الفوائد الظهيرية ثم انه ان لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلثة ايام يفسد البيع (ولا)

فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة
ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق
قال وخيار المشتري لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم
وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظراً له
دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج
عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك

ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو كان مثل
هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض
المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ ولو اعتقه البائع ينفذ
قوله فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة وقال ابن ابي ليلى رح لا شيء
عليه لانه امين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ما رضي بقبضه الا بجهة العقد
والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان
الاصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد
حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري على ما يجيء **قوله** وفيه القيمة اي في المقبوض على سوم الشراء القيمة
اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون
مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته
فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته
وعليه الفتوى **قوله** اعتبارا بالصحيح المطلق اي بالبيع الصحيح المطلق عن الخيار (اذا)

ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروّى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر *

اذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع فان قيل ما فائدة قيده بالصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو اللائق بها لهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة *

قوله ولا عهد لنا به في الشرع اي غير معهود في شريعتنا ان يكون الشيء مملوكا ولا مالك له فان قيل متولي الوقف اذا اشترى عبداً الخدمة للكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قلنا غير معهود في الشرع اي في باب التجارة وما ذكره من النقض ملحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف كذلك ولانه مبقي على حكم ملك الواقف ولهذا يكون الثواب له

قوله حكما للمعاوضة احترز به عن الضمان في غصب المدبر فان المدبر المغصوب اذا ابق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدله وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب ان لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ما قاله ابو حنيفة رح من كون الشيء مملوكا ولا مالك له مشروع في الجملة كما في العبد المشترى لخدمة الكعبة وما قالا من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع اصلا فكان التعويل على ما قاله ابو حنيفة رح وذكر الامام التمرتاشي رح ويجوز ان يخرج الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة من الدين يزول (عن)

قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف *

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار

عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله يزول عن ملك الميت منع اذ التركة مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه * **قوله** وكذا اذا دخله عيب اي يلزم العقد ويجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطعت يده واما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت الثلثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح **قوله** ووجه الفرق انه اذا دخله عيب اي اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا انه تعذر عليه الرد كما قبض سليما من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او بفعل المبيع لانه عجز عن رده كما قبض باي وجه تعيب عنده فسقط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضي به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة اذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء **قوله** ومن اشترى امرأته قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرا او ثيبا في انه يكون مختارا للبيع بالوطئ بالاجماع سواء نقصها الوطئ اولم ينقصها * (قوله)

وان وطئها له ان يردها لان الوطئ بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريباله في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف وقال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

قوله وان وطئها له ان يردها اي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطئ اما اذا نقصها فليس له الرد وان كانت ثيبا **قوله** بخلاف ما اذا قال ان اشتريته حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالمنشئ للعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فان قيل لوكان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة اذا اشتراه ناويا عن الكفارة قلنا انما جعلناه كالمنشئ تصحيحا للجزاء اعني قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده وذكر في شرح الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار او حصل بعض الحيضة في مدة الخيار فاختار صارت للمشتري ولا يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند ابيحنيفة رح وعندهما يجتزأ بها **قوله** لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر واجمعوا على ان العقد لوكان باتا ثم فسخ العقد بينهما باقالة او بغيرها ان كان قبل القبض القياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان بعده فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا (قوله)

ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لوكان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع من الثمن فى المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم

قوله ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له يريد به اذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يقبضها المشتري اما اذا كانت مقبوضة في يد المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري وتصير ام ولد له بالاتفاق لانها تعيبت بالولادة ويدل عليه ما ذكر فى المبسوط وان اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده سقط خياره لانها تعيبت بالولادة وذكر الامام قاضي خان رح ومنها اذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على انه بالخيار ثلثة ايام عند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولد له ولا يبطل خياره وعندهما تصير ام ولد له ويبطل خياره **قوله** فهلك في يده اي في يد البائع فى المدة او بعدها هلك على البائع ويبطل البيع **قوله** فابرأه البائع من الثمن فان قيل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابراؤه قلنا فى القياس لايبرأ وفى الاستحسان يبرأ وذكر في شرح الطحاوي رح ثم ان البائع ابرأه من الثمن فالقياس ان لايصح ابراؤه لانه لا يملك الثمن وفى الاستحسان يصح ابراؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد **قوله** والماذون له يليه اي له ولاية الامتناع عن التملك **قوله** ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج عن ملكه (والاسلام)

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابيحنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعري عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل

والاسلام منع اخراجه من ملكه بالعقد ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيار البائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما كما يتملك بالميراث *

قوله وانما كنى بالحضرة عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة المسبب فالحضرة سبب للعلم **قوله** وصار كالوكيل بالبيع فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لما انه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه **قوله** ولا يعري عن المضرة فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يخفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار فلزمه العقد شاء او ابى فيتضرر من له الخيار اذا ابى لزوم البيع قلنا انما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيخان رح رجل اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة ايام فجاء المشتري في الثلثة الى باب البائع ليرد المبيع فاختفى البائع منه وطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لما اشترى ولم ياخذ منه (كفيلا)

بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك النسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مُضِيّ المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ *

كفيلا مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي خصما وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد رح فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي الى ذلك فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير اعذار وفي رواية لا يجيبه القاضي الى الاعذار ايضا فقيل لمحمد رح كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق و ياخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع يرد على الوكيل * **قوله** بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الآخر باجازته شيئا لان العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار **قوله** وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتكمن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضاء صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع فاعتق المبيع او دبّر او كاتب او رهن او وطئ او قبّل بشهوة او وهب او آجر فانه ينتقض البيع وان لم يعلم المشتري لان ثبوت الفسخ ههنا ضمني لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما لو عزله قصدا فان قيل يشكل على قولهما انه تصرف يلاقي حق الغير وهو العقد بالرفع مسائل منها خيار المخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج فينفذ ذلك عليه وان لم يرض (ولم)

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت فى البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين

ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ومنها خيار الامة المعتقة حيث يصح اختيارها للفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان للمالك خيارا فيه فلو رد ارتد بلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا اما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق با يجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة مايلزم الموكل بتصرف الوكيل واما عن الرجعة فان الزوج بالرجعة لايلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي تثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح ثابتا بحاله قبل الرجعة وانما تثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة واما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلايلزم على من اسقط عنه شيء واما خيار الامة المعتقة فانها مسئلة لارواية فيها ثم الجواب عنها ان سلم ان الخيار ثبت لها بتخيير الشرع اياها فصار كما لو ثبت بتخيير الزوج لان للشرع ولاية علينا واما رد المالك بيع الفضولي فان العقد لا يوجد في حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانعدم اصلا واما العدة فانها لا تجب بالطلاق الاترى انها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا انه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتضمن لا للمتضمن *

قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالاجماع ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع وقال مالك رح ينفسخ العقد **قوله** كخيار العيب والتعيين اي خيار تعيين المبيع (بان)

ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة و ارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لايورث واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء

بان يشتري احد الثوبين على انه بالخيار يا خذ ايهما شاء وخيار الرؤية على اصلكم كذا في الاسرار *

قوله ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة اي في رده فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا اي المشيئة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيئته صفته لا يزايله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث وغيره كسائر صفاته من القدرة والحيوة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال فلا يورث كملكه في منكوحته وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى وتلاشى فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لا في العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل فان قيل ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوريث منقوض بتوريث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة لمالك الاعيان ثم هي تنتقل من المورث الى الوارث في حق الاعيان قلنا لا كك بل العين تنتقل اولا الى الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لا ان مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم من ان تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث قلنا ليس من لوازم البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى الوارث انتقال الخيار واما المملوك فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارثا من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداء له لتشفي الصدور ولا يمكن ان يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط فلا يثبت في حقه (واما)

لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار *

قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايّهما اجاز جاز وايّهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدّم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض * ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معًا

واما تشفي الصدر فامر يشمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان اقرب اليه *

قوله لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل الاختلاط مشترك فلم يكن هو اولى بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك احد العبدين على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في احدهما لا يكون بهذه الصفة **قوله** لان الخيار من مواجب العقد واحكامه اي لو شرط في العقد يصير حقا من حقوق العقد وواجبا من مواجبه **قوله** فيقدم الخيار له اقتضاء كقوله اعتق عبدك عنّي على الف درهم فاعتق فان الآمر يصير مشتريا منه ولامو كلا اياه بالعتق عندنا تصحيحا للامر وزفر رح لا يقول بالاقتضاء فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل شرط الثمن على الاجنبي وجب ان يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولأ ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور هنا ان الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي والكفالة لو صحت بطريق الاقتضاء لكان مبطلا للمقتضي فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل (من)

يا

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى
لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ
والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا
باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل

من شرط صحة المقتضى ان يكون هو احط رتبة وادون منزلة من المقتضي الذي هو المذكور
وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحانث في يمينه في قول المولى له كفر يمينك بالمال
وان كانت صحة التكفير مقتضية للحرية سابقا على التكفير بالمال اذ لا يصح هو بدون الحرية
لما ان الحرية اصل واقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء قلنا نعم
كذلك الا ان الاصالة قد تثبت لغير العاقد ههنا بوجه آخر فلذلك جاز ان يثبت خيار العاقد اقتضاء
وذلك ان شرط الخيار من قبيل الالفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد اصل في حق اللفظ
لانه اثبت له الخيار باللفظ قصدا واما الحرية فليست من خواص اللفظ اذ الحرية تثبت في شراء القريب
وارثه بدون اللفظ فكانت الحرية خالية عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبع لها وهو التكفير
واما ههنا فالعاقد تبع لغير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء *
قوله يعتبر تصرف العاقد في رواية في بيوع الاصل تصرف المالك اولى نقضا
كان او اجازة وتصرف الفسخ في رواية الماذون **قوله** والمفسوخ لا تلحقه الاجازة
فان قيل المفسوخ يلحقه الاجازة الا ترى ان الخيار اذا كان للبائع او للمشتري فالتقيا
فناقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل ان يقبضه البائع بحكم الاقالة فعلى المشتري
الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع لان تمام الفسخ بالتسليم
الى البائع ثم قال شمس الائمة رح في المبسوط وهذا لان الفسخ بحكم الخيار محتمل
للفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما (جاز)

وابويوسف رح يعتبرهما *

قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لايفصّل الثمن ولايعين الذي فيه الخيار وهوالوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لاينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهوغير معلوم والوجه الثاني ان يفصّل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهوالمذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قنّ ومدبر

جاز وفسخ الفسخ ليس هو الا اجازة البيع في المفسوخ قلنا هذا لايلزم لانا قلنا الاجازة لاترد على المنتقض ولا اجازة فيما ذكرتم كذا في الفوائد الظهيرية وذكر الامام قاضي خان رح والصحيح ما ذكر في المأذون لان النقض اقوى من الاجازة فان النقض يرد على الاجازة والاجازة لايرد على النقض والادنى لايعارض الاقوى كنكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لان نكاح الحرة يرد على نكاح الامة ونكاح الامة لايرد على نكاح الحرة فان قيل الاجازة توجب الحرمة على البائع فكان اولى قيل الاجازة تاثيرها في اثبات الحل والفسخ تاثيره في ابقاء الحل فكان الابقاء اولى ولان الابقاء مع الشك احق من الاثبات مع الشك لان الشيء يبقى مع الشك ولايثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ اولى *

قوله وابويوسف رح يعتبرهما ويجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع لتفرق الصفقة ولما لم يرجح تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ راجح على الاجازة علم ان الفسخ اولى عنده من الاجازة

قوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار جواب شبهة وهو ان يقال ينبغي ان يفسد العقد في هذه الصورة ايضا لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لان العبد (الذي)

والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن *

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فانكانت اربعة اثواب فالبيع فاسد

الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الآخر فكان بمنزلة من جمع بين قن وحر وباعهما وانه لايجوز اوباع ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي فقال ليس هذا كذلك فان الحر والمروي غير داخل في العقد لا انعقاداً ولا حكما لانه ليس بمحل للبيع اصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا مفسدا للعقد في القن واماههنا الذي فيه الخيار محل للبيع فكان داخلا تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلا في الحكم فكان نظير من جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف صح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر داخل تحت البيع ولهذا لوقضى القاضي بجوازه نفذ فكان قبوله شرطا صحيحا كذا هنا *

قوله والثالث ان يفصل ولا يعين اي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار بان قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا والرابع ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعت منك هذين العبدين بالف على اني بالخيار في هذا بعينه ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد اصلا فان قيل اليس انه لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او مكاتب فان العقد ينعقد صحيحا في القن وان كان الانعقاد في حق القن بالحصة قلنا قال بعض مشائخنا على قياس ما ذكرههنا لايصح العقد في القن في تلك المسئلة فصار ما ذكرههنا (رواية)

والقياس ان يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع

رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا ووجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار فلو انعقد العقد في حق الآخر ينعقد بحصته ابتداء وذا لا يجوز وفى المدبر والمكاتب البيع ينعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق الحكم واذا انعقد العقد فى حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق القن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبدين وهلك احدهما قبل التسليم فان العقد يبقى فى الباقي بحصته من الثمن *

قوله والقياس ان يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع كما لو قال بعت منك احد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب اربعة وذكر الخيار او لم يذكر فان المبيع احد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبدّ بالتعيين فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كما لو اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل ثوب لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول وانما فسد العقد بجهالة الثمن والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشتري شيئا لعياله ولا يعجبه (١)

فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده

استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا يسمح مروته بالدفع اليه الا ان يبتاعه والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو فتمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه *

قوله فكان في معنى ما ورد به الشرع وهو شرط الخيار ثلثة ايام **قوله** والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة اي والرخصة انما تثبت شرعا بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما **قوله** ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين قال شمس الائمة السرخسي رح في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط قال فخر الاسلام رح في الجامع الصغير والصحيح عندنا انه ليس بشرط وذكر في الفوائد الظهيرية فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يردهما وعلى قول الكرخي رح ان يردهما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال اكثر المشائخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها في قول ابيحنيفة رح وزيادة على ذلك في قول ابي يوسف ومحمد رح لان القياس يابى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في الايام الثلثة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردهما (و)

وبمدة معلومة ايتها كانت عند هما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احدالثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احد هما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احد هما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب

ويبقى له خيار التعيين فيرد احد هما وان مات المشتري في الايام الثلثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين فلا يرد هما الوارث وله ان يرد احد هما وذكر في الذخيرة هذا اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بان قال البائع بعتك احد هذين الثوبين على اني بالخيار اُعيّن البيع في احد هما دون الآخر لم يذكر محمد رح هذه المسئلة لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وذكر الكرخي رح في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في الماذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشرى له وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع لانه لا حاجة الى اختيار الارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يقتضيه القياس *

قوله وبمدة معلومة ايتها كانت عند هما اي زائدة على الثلثة فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند ابي يوسف رح لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما قلنا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه واما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين **قوله** ولو هلك احد هما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب فان قيل اذا طلق احدى امرأتيه ثم ماتت احديهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا يتعين (الها)

ولوهلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولوكان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولومات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لايتوقت في حق الوارث واما خيار الشرط لايورث وقد ذكرناه من قبل

قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء

الهالك للبيع قلنا قال القمي رح لا فرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه اما العبد فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك تهلك الهالكة على ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا الا ان الصحيح ان بينهما فرقا وهو ان العبد لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة واما في الطلاق فان المرأة حين اشرفت على الهلاك لا تبقى محلا لوقوع الطلاق فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناولهما جميعا الا ترى انه يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد تناول احدهما الا يرى انه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما او تعيب كان له رد الباقي *

قوله ولو هلكا جميعا معا الخ وانما قيد بقوله معا لما ذكرنا انهما لو هلكا على التعاقب تعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للامانة فلا يجب من ثمنه شيء واما لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقا كان الثمن او مختلفا لان كل واحد منهما ليس باولى من الآخر بكونه مبيعا وكذلك لو هلكا على التعاقب (ولا)

فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابيحنيفة رح خاصة *
قال واذا اشتري الرجلان غلاما علي انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر
ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلي هذا الخلاف خيار العيب
وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة

ولا يدري السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان تعيبا معاً يرد ايهما شاء *
قوله فتبين ان الجوار كان ثابتا فان قيل لوكان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ بالشفعة
للمشتري اذا كان الخيار للبائع قلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية اثبات الملك
باجازة البيع ولا يتوقف علي فعل غيره ولا كذلك اذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق
فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشتري
وان اجاز البيع وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رح اما وجوب الشفعة للمشتري
فواضح علي مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة رح فلانه صار احق
بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب
اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملكا دارهما وهذا بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصر احق بالتصرف فيها وذكر الامام التمرتاشي رح
اشتري دارا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فطلب شفعتها لم يبطل خياره وهو المختار من الرواية
بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضاء معتبر بصريح الرضا ولو قال رضيت يبطل به خيار الشرط
ولا يبطل خيار الرؤية كذا هنا وكذا يبطل خيار العيب باخذ الشفعة **قوله** وعلي هذا الخلاف
خيار العيب يعني اشتري الرجلان عبدا ورضي احدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان
اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فاراد احدهما ان يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك (قوله)

فلو رده احدهما لرده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد *

قال ومن باع عبدا على انه خبّاز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه

قوله فلو رده احدهما رده معيبا به لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايؤ وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء فان قيل البائع رضي بالتبعيض لما باعه منهما قلنا انما رضي في ملكهما لا في ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانا نقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيّب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له ان يرده بحكم خياره الا ان هذا العيب بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالا ان في امتناع الرد ضررا على الرادّ لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن اتحاد شرط الرد لا بتصرف من الغير **قوله** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فان قيل مثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو باع شاة على انها حامل او باعها على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد مع انه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ظاهر لان الحبل في البهائم زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدرى ان انتفاخ بطنها من ريح او ولد وان الولد حي او ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط انها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط باطل يعني ان اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطا مفسدا للعقد حتى لو اشترط انها حلوب او لبون ذكر الطحاوي رح ان هذا الشرط لا يفسد به العقد لما ان هذا الشرط وصف (مر)

بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف *

مرغوب فيه وكذلك قوله على انه خباز اوكاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفته سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج اوكلبا على انه صائد فانه يجوز كذا ههنا وحاصله ان هذا الوصف لما كان وصفا مرغوبا فيه ولمعرفته سبيل بان يأمره بالخبز والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير ولو كان شرطا مما يقتضيه العقد لان العقد يقتضي ان يكون المبيع والثمن معلوما بماله من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما ياتي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع الفاسد ان شاء الله تعالى ثم المستحق في هذا العقد بهذا الشرط ادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز فان وجده لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبا او خبازا كان للمشتري الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بالشرط ويقوم غير كاتب اوخباز فينظر الى تفاوت ما بين ذلك فرجع بقدره وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ليس للمشتري ان يرجع على البائع ههنا بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح واذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز وهي تحسن ذلك فنسيت في يد البائع ردها لان الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط *

قوله بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات مثل الفرس والبقر والغنم بخلاف الانوثة والذكورة في بني آدم فانها تورث فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت (باب)

* باب خيار الرؤية *

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله ع م من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها

* باب خيار الرؤية *

قوله ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز اذا اشترى الرجل زيتا في زق او برا في جوالق او درة في حقة او ثوبا في كم واتفقا على انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئا من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده قال الشافعي رح لا يصح العقد لانه اشترى شيئا مجهولا فصار كما لو باع عبدا من عبيده وهذا لان المقصود من شرى العين ماليته ولهذا لا يرد على ما ليس بمال والمالية في الاوصاف ولهذا تزداد وتنتقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذا جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا نزيد قيد الرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبنى عليه حكما وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كالمرئي وهذا لان الخلاف في امة قائمة بين ايديهما منتقبة ولا شك ان عينها معلوم بالاشارة اليها لانها ابلغ اسباب التعريف وكذا اذا اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها امته ومملوكته فانما يعرف باخبار البائع اياه لانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبر به وانما بقي بعدم رؤية وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو اولى من فوات بعض الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا

قوله فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه (و)

وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت *
قال ومن باع مالم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء

وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون المردود مضمونا بنفسه لا بما يقابله لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد وقيام العقد يوجب مطالبة العين فاذا قبضه يرده ايضا فيؤدي الى ما لا يتناهى *
قوله وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم جواب سوال بان يقال لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله ان يفسخ العقد قبلها فقال حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضا اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشيء مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضا وتمامه بالعلم باوصاف هي مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما ادى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه ح يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد اثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ يخرج العين عن ان تكون معقودا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار والرضا بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معيبا سابق على الرضا فاعتبر بوجود سبب الخيار وهو العيب وهنا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها **قوله** اعتبارا بخيار العيب بان وجد البائع الثمن (زيفا)

زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال
ووجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضه باع
ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت
مالم اره وقيل لعثمان رضه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير
بن مطعم رضه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضه * ثم خيار الرؤية غير موقت
بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله * وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية

زيفا كان له الخيار ان شاء يجوز وان شاء يرد ولا ينفسخ العقد الا في المقايضة *
قوله زوالا اي في جانب البائع وثبوتا اي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك
البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه **قوله** ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا
قوله انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فاما ان يثبت بما روينا او بدلالته
او بحديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر
في البيع وهو ليس في معنى الشراء ليثبت الحكم فيه دلالة ولان المشتري ظنه خيرا بما اشترى فرده
بفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما لو باع
عبدا على انه معيب فاذا هو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار **قوله** وما يبطل خيار الشرط من تعيب
او تصرف يبطل خيار الرؤية والاصل فيما يبطل خيار الشرط ان كل فعل باشر المشتري
في المشترى بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال
فالاشتغال به اول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه
للامتحان او يحتاج اليه للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار
وذلك لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك وجعل دليل الاختيار
وسقط خياره اول مرة لا يفيد الخيار فائدته لان فائدة شرط الخيار امكان الرد فلو لزمه
البيع بفعل الامتحان اول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت هذا فنقول اذا اشترى (جارية)

ثم انكان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وانكان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء *

جارية على انه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به دليل الاختيار فيبقى على خياره بخلاف مالو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطئ محتاجا اليه للامتحان لانها تشترى للوطئ ولا يعلم كونها صالحة للوطئ بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطئ تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيارا للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل في غير الملك وان استخدمها مرة اخرى فان كان في النوع الذي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا للملك لان الكرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتقبيل واللمس عن شهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك يسقط الخيار لما انه غير محتاج اليه للامتحان او لا يحل في غير الملك *

قوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه الى ان قال يبطله قبل الرؤية وبعدها فان قيل لو بطل خياره قبل الرؤية يكون مخالفا لحكم النص لان النص اثبت الخيار اذا رآه بقوله فله الخيار اذا رآه قلنا ذاك فيما امكن العمل بحكم النص واما هذه الافاعيل فمبنية على الملك والملك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورة وكذلك لو علق المشتري الذي له خيار الرؤية بالمبيع حقا للغير بان آجر او رهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افتك المرهون او مضت مدة الاجارة او رده (١)

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويًا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود ولو دخل فى البيع اشياء فان كان لايتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذٍ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب فلابد من رؤية كل واحد منها

المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لايكون له الرد بحكم خيار الرؤية وان كان تصرفا لم يتعلق به حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه او وهب ولم يسلم او عرض على البيع لايبطل خياره فان كانت هذه التصرفات فيه قبل الرؤية لايبطل خياره لان الخيار لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضا فبدلالته احق وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل خياره لان بعدها يسقط خياره بصريح الرضا فيسقط بدلالته ايضا ولو اشترى ارضا ولها اكار فزرعها الاكار برضا المشتري بان تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له ان يردها لان فعل الاكار كفعل المشتري *

قوله او الى وجه الجارية ذكر الجارية وقع اتفاقا لان الحكم فى الغلام كذلك ذكر فى الايضاح والمعتبر فى العبد والامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لايبطل الخيار لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه وفى الذخيرة اذا اشترى جارية اوعبدا ورأى وجهه ورضي به لايكون له الخيار بعد ذلك **قوله** لتعذره اما فى العبد والامة فظاهر لان في رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهما ففي العبد لايجوز اصلا سواء فسخ العقد او لم يفسخ اما فى الامة فانه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره الى عورتها واقعا في غير ملكه لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كان العقد لم يوجد فكان نظره وقع حراما في اصله واما فى الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على تقدير اشتراط رؤية جميع اجزائه وفى الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة **قوله** وعلامته اى علامة الشئ الذي لايتفاوت آحاده النموذج بالفتح والانموذج (با)

والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرهما وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عاداتهم من الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل *

بالضم تعريب نمونه كذا في المغرب وذكر في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفى فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بلاخلاف واذا كان في وعائين فرأى ما في احد الوعائين اختلف المشائخ فيه قال مشائخ العراق اذا رضي بما رأى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى او فوقه اما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن اذا اراد الرد يرد الكل وهو الصحيح *

قوله والجوز والبيض من هذا القبيل اي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا يكون رؤية البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لتقارب آحاده * قنوت المال جمعته قنوا وقنوة واقنيته اتخذته لنفسي قنية اي اصل مال للنسل لا للتجارة كذا في المغرب **قوله** فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار وفي المحيط والذخيرة وبعض مشائخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود (حتى)

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لايرده الامن عيب ولايكون نظر الرسول كنظر المشتري

وهذا عند ابيحنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رض معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهوان يقبضه وهويراه وناقص وهوان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولاتتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلايملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لايمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه

حتى انه اذا كان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه *

قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري وفى الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني او يقول امرتك بقبضه **قوله** وله ان القبض نوعان تام بحيث لا يرد عليه النقض وهوان يقبضه وهو يراه وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقض وهوان يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لانه ملكه الموكل مايملكه ولكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضي اتمام القبض كما لوقبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلايملك اسقاطه قصدا بعده لصيرورته اجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لايبطل بقبض الوكيل فى الصحيح لانه (لايمنع)

وخيار الشرط على هذا الخلاف ولوسلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملك وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع * **قال** وبيع الاعمى وشراه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررنا من قبل * ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير * ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لوكان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز *

لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقآئه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم * **قوله** وخيار الشرط على الخلاف ذكر القدوري انه لواشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بالقبض فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختبار وذا بالتروي والتامل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنه اخذه وان استقبحه تركه وهذا يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة وصار معيرا يده للمرسل فكان الى المرسل اتمامه فاما الوكيل هو الذي فوض اليه التصرف ليعمل برأيه ولهذا يجوز سلب اسم الوكيل عن الرسول قال الله تعالى قل لست عليكم بوكيل **قوله** لهذا لا يملك القبض اي قبض الثمن **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جائز وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره وقيل ان كان بصيرا فعمي فهو كالبصير عند الشافعي رحمه الله وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها **قوله** كما في السلم اي (اذا)

كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا *

قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام

اذا رأى رب السلم المسلم فيه لايكون له خيار الرؤية فيكون الوصف في المسلم فيه قائما مقام الرؤية حكما حتى لايبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه ولما كان الوصف كالرؤية في حق البصير فلان يكون في حق الاعمى كذلك اولى *

قوله كتحريك الشفتين مقام القراءة وعبارة الفوائد الظهيرية يدل على اللزوم حيث قال لان المصير الى التشبه عند اعذار الحقيقة واجب كالمحرم اذا اراد التحلل وقد قرع رأسه يلزم اجراء الموسى عليه تشبها بالمحلقين وكذا الاخرس يلزمه تحريك الشفتين عند القراءة **قوله** كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وتفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة فان قيل ينبغي ان يكون في هذه الصورة ولاية رد احد الثوبين الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رأه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة اولى من حديث خيار الرؤية لوجوه احدها ان موجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم في افادة التحريم اي موجبه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره غير ثابت في جميع الصور الا يرى انه لايملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحا ولان قوله نهى محرم والمحرم راجح على المبيح اولان قوله نهى عن تفريق الصفقة متاخر عن المبيح والا يلزم تكرار النسخ لما عرف (قوله)

وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل * ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط * ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به * وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله *

قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب

قوله وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده يريد به اذا قبضه مستورا اما اذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفقة **قوله** الا اذا كان لا يعلمه مرئيه اي لا يعلم انه هو الذي رآه **قوله** وسبب اللزوم ظاهر وهو الشراء بعد الرؤية **قوله** على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ارأيت لو كان جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة و زعم البائع انها لم تتغير اكان يصدق على ذلك وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رح **قوله** بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع **قوله** ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع او هبة ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له ان يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء (قوله)

وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لاتتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رة وعن ابيوسف رة انه لايعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

قوله وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منها بخيار الشرط اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا او وهب وحاصله ماذكر الامام قاضيخان رح في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلثة اما ان كان المشتري قبض المبيع او قبض بعضه اولم يقبض شيئا ففي خيار الرؤية والشرط لايرد البعض بحال ما لانه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك لان الصفقة لاتتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لايكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان بتسليم البعض لايتناهى حكم العقد وان قبض الكل فوجد ببعضه عيبا ان كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل او يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة لان العيب وجد باحدهما وخيار العيب لايمنع تمام الصفقة لانه رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لايملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا برضاء او قضاء وفي خيار الشرط والرؤية يتفرد بالرد وفي فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد ما قبض بعض المبيع كان له ان يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض يتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا او ثوبا واحدا واستحق بعضه كان له ان يرد الباقي وان كان عبدين فاستحق احدهما لايرد الباقي **قوله** وفيه وضع المسئلة اي في المقبوض على ما ذكرناه **قوله** فلو عاد اليه بسبب هو فسخ بان يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي وعن ابيوسف رة انه لايعود خيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى قاضيخان وهو الصحيح (قوله)

* باب خيار العيب *

اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به * **قال** وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله

* باب خيار العيب *

قوله لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لان الغالب في الاشياء هو السلامة فيقع العقد على ذلك الوصف لان كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتمييز فيابى ان يغبن اويغبن وروي ان النبي عليه السلام اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد لا غائلة ولا خبثة وهذا تنصيص على ان العقد يقتضي السلامة في المبيع عن العيب والغائلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن عين فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عرض غير متقوم فانى يقابله عين متقوم ولان الثمن لا يخلو اما ان يقابل بالوصف والاصل وفيه تسوية بين التبع والاصل او بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الاصل او بالاصل دون الوصف وهو المرام **قوله** في مجرد العقد احترز به عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط به نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري اولحق الشرع بالجناية ولانه لو امسكه واخذ النقصان (لتضرر)

والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب مالم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب

لتضرر به البائع لانه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن ولو امسكه ولا يأخذ النقصان لتضرر به المشتري وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرر البائع فصرنا اليه فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب في السليم لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي ان لايثبت الخيار للمشتري ههنا اذا ظهر السليم معيبا وان كان يتضرر به المشتري او يثبت الخيار هناك للبائع ايضا كما يثبت للمشتري ههنا قلنا المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومما رسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فاما المشتري فانه ما رأى المبيع اصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حصل به فيثبت له الخيار **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وفي الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لايعقل ما يفعل وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرا وكذا الاباق وبعض مشائخنا قالوا البول في حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه واما اذا كان ابن سنة اوسنتين فليس ذلك بعيب والسرقة وان كانت اقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان لايأمن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة ومادونها سواء وقيل وما دون الدرهم نحو فلس او فلسين او ما اشبه ذلك لايكون عيبا والعيب في السرقة لايختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا في الماكولات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لايعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لالاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذ نقب البيت ولم يختلس فهو عيب والاباق مادون السفر عيب بلاخلاف بين المشائخ وتكلموا في انه هل يشترط الخروج من البلدة وهذا لان الاباق انما كان عيبا لانه يوجب فوات المنافع على المولى (و)

حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش فى الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

وفي حق هذا المعنى السفر وما دونه سواء وفي نوادر بشر عن ابيبوسف رح رجل اشترى امة وابقت عنده ثم وجدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لوابقت من رجل كانت عنده باجارة او عارية او وديعة ولو ابقت من الغاصب الى مولاها فهذا ليس باباق وان ابقت فلم ترجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاها وتقوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لاتعرف منزل مولاها او لاتقوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفى الفوائد الظهيرية وههنا مسئلة عجيبة وهي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له ان يرد وان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لارواية لهذه المسئلة فى الكتب ثم قال رضه كان والدي رح يقول ينبغي ان يسترده استدلالا بمسئلتين احدهما ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرده فان تعيب عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له ان يسترده والا فله ذلك والبلوغ ههنا لا بالمداواة فكان له ان يسترده *

قوله حتى يعاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري فح يكون عيبا (و)

قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد **قال** والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به * وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة * **قال** والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة

وحاصل الكلام ان هذه الاشياء لو كانت قائمة به حالة الصغر ثم عاوده في يد المشتري في حالة الصغر كان له الرد وكذلك لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع * **قوله** والجنون في الصغر عيب ابدا اي سوآء عاوده في يد المشتري وهو صغير او بالغ وفي الذخيرة واختلف المشائخ في فصل الجنون ان معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجوده عند البائع يرده واليه مال شمس الائمة الحلوائي وشيخ الاسلام رحمهما الله وهو رواية المنتقى وبعض مشائخنا قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتكلم المشائخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب واما يوم وليلة فما دونه فليس بعيب وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والبخر نتن رائحة الفم والدفر رائحة مؤذية هي من الابط كذا في المبسوط (و)

ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب *

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض و بعده وهو الصحيح *

قال واذا احدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولابد من دفع الضرر عنه

وذكر في المغرب الذفر مصدر ذفر اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة ايّتما كانت ومنه مسك اذفر وابط ذفرآء وهو مراد الفقهآء في قولهم والبخر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية *

قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله له ان يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستجيز من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده تمكن من رده واصحابنا قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرء من العيب فكانه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم * **قوله** فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح وعن محمد رحمه الله ترد قبل القبض بلا يمين البائع لان البيع قبل القبض ضعيف حتى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضاء وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا قول للامة في ذلك واعلم ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة يسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلثة اشهر عند ابي يوسف رحمه الله وباربعة اشهر وعشر عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة

فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر *

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان * فان قطع الثوب وخاطه اوصبغه احمر اولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لاتنفك عنه ولا وجه اليه معها

وزفر رحمهما الله بسنتين فاذا عرفت المديدة فمادونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضي مجتهدا يقضي بما ادى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتيقن وهو سنتان فاذا ادعى الانقطاع في مدة كثيرة لايسمع دعواه ما لم يدع ان ارتفاع الحيض بسبب الداء او الحبل فاذا ادعى ذلك فح يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع باقراره وان قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف في سائر العيوب فان حلف برئ وان نكل ترد عليه لان نكوله كاقراره فان شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه اما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود فقد تيقن القاضي بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان انكر البائع انقطاع حيضها في الحال لايستحلف على ذلك عند ابيحنيفة رح وعندهما يستحلف لما يجيء ان شاء الله تعالى *

قوله فتعين الرجوع بالنقصان لان الجزء الفائت صار مستحقا للمشتري بالعقد وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الفائت وصف فلا يقابله شيء من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن وطريق معرفته ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به (فان)

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا* وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه*

فان كان تفاوت مابين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث في يده لان رد البدل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار رادا كل المبيع فرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند ابيحنيفة رح وهنا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق بينهما ان النحر افساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع *

قوله لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد رفعه فلا يرد على مالم يرد عليه العقد فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثمه في الزيادة ممكن لان الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لما مر ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخه مقصودا لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا الا انه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة والربوا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله **قوله** وليس للبائع ان يأخذه لان امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة وهي في معنى الربوا وحرمة الربوا حق الشرع (قوله)

فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ومن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا نقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه *

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع

قوله فان باعه المشتري اي باع المشتري الثوب المخيط او المصبوغ او السويق الملتوت بسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان ايضا لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حابسا للمبيع والاصل ان في كل موضع لو كان المبيع قائما على ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا للمبيع معنى لقيام المشتري مقامه في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب وثمه ليس له ذلك كذا ههنا وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رده وان رضي البائع به فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر المشتري ممسكا للمبيع ببيعه فبقي ارش العيب بحاله **قوله** وعن هذا قلنا اي عن هذا الاصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير فخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب لانه لم يصر مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصر حابسا فيرجع **قوله** اما الموت فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوة باعتبارها فينتهي بانتهائها اذ المالية بعد الموت (لا)

لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي * وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابيحنيفة رح انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض * فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابيحنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابيوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع

لا تتحقق والملك في الآدمي باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء الحيوة فانتهى الملك * **قوله** لان العتق اي الاعتاق انهاء الملك اي اتمام له لان الملك في الآدمي ثبت على خلاف الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد كالعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عند المشتري **قوله** فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله الخ والاصل ان امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه متى كان (مضمونا)

وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابيحنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما ان يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض

مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا اياه واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانه لا يتصور ان يكون ممسكا ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا عن الملك ولهذا ياثم ويجب عليه الكفارة ان كان خطاء ويضمن ان كان مديونا وانما لم يضمن اذا لم يكن مديونا لعدم الفائدة لاستحالة الوجوب له عليه فصار الضمان كالسالم له معنى بهذا الاعتبار بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن احد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا لانه اذا كان معسرا لم يضمن وهذا لان الاعتاق تصرف شرعي واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل لانه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستفد بالاعتاق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حابسا للمبيع فيرجع بالنقصان ويؤيد ما ذكرنا ان العتق ليس بمضمون مسئلة ذكرها في شرح الطحاوي رح وهي ان مشتري العبد لو وكل وكيلا بقبضه قبل نقد الثمن فقبضه الوكيل بغير اذن البائع فمات في يده كان للبائع ان يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن ولو كان وكيلا بالاعتاق فاعتقه الوكيل جاز عتقه ويصير قابضا وليس للبائع ان يضمن الوكيل القيمة وله ان يطالب المشتري بالثمن فثبت ان العتق غير مضمون وكذلك قال ابوحنيفة رح الاكل واللبس فعل مضمون عليه وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له فان قيل هذا يشكل بالقطع والخياطة فانهما فعلان مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان قلنا انما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعي ولا كذلك ههنا فان الرد امتنع بفعل مضمون *
قوله وان اكل بعض الطعام الى قوله فصار كبيع البعض اذا باع بعضه ثم وجد به عيبا (لا)

قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب * وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه * ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد *

لا يرجع بالنقصان لا في المزال ولا في الباقي عنده لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعند زفر رح يرجع بنقصان الباقي اعتبارا للبعض بالكل وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فعند ابيحنيفة رح لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعنهما ان يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض اولى وعنهما انه يرد ما بقي لانه مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وبعد بيع البعض عنهما روايتان في احدى الروايتين لا يرجع بشيء كما هو قول ابيحنيفة رح لان الطعام في حكم شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط *

قوله فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله اي لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف قال الامام الحلوائي رح هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعدما ذاقه لا يرجع عليه بشيء وما لا ينتفع به اصلا كالقرع اذا وجده مرا والبيضة اذا كانت مذرة

قوله ولا معتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع (يعز)

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره او ببينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن

يعز فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاويا اختلف المشائخ رح فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صادف محله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين ان البيع وقع باطلا واليه مال شمس الائمة السرخسي رح وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا وهو ان يكون في المائة اكثر من ثلثة لا يصح في الكل ويرجع بكل الثمن عند ابيحنيفة رح لجمعه في العقدين مالهقيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا وهو الاصح وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن لم يفصل *

قوله لانه فسخ من الاصل فان قيل ينتقض هذا بمسائل احدلها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل والثانية ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ظفر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولدا ثم ادعاه ابو البائع لا تصح الدعوة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح في امة ابنه التي لم يبعها ابنه اصلا والثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم احال بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينه فسخا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذكر محمد رح في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب (فيما)

غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة

فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة ما مضى من الحول ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه ما احصيناه من المسائل اما مسئلة الشفعه فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولايته وقبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده رح قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كان لم يكن متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فتمكن في هذه الدعوى دورا وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذي قلنا كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله غاية الامر انه انكر قيام العيب هذا جواب سوال بان يقال لما انكر البائع الثاني العيب فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذ ذاك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد رح **قوله** ومعنى القضاء بالاقرار وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء (بل)

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لاينفسخ الاول * وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لايحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول **قال** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع اويقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن

بل يرد عليه لاقراره بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له ان يرده على بائعه * **قوله** وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة اى المشتري اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل ولايكون الرد على المشتري ردا على بائعه وان كان الرد بقضاء القاضي ولم يتفرق الحال بين الوكيل والمشتري اذا رد عليهما باقرارهما حيث يلزمهما **قوله** لان البيع هناك واحد اي في فصل الوكيل البيع واحد فاذا فسخ انفسخ في حق الموكل والموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لاينفسخ الاول **قوله** والاول ثالثهما اي البائع الاول **قوله** وبهذا تبين وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لايحدث مثله كالاصبع الزائدة مثلا مع انا تيقنا ان ذلك العيب كان موجودا في يد البائع الاول كان اولى ان لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل انه حدث عند المشتري لاعند البائع ووجه هذه الرواية ان الرد بغير قضاء القاضي اقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه **قوله** لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع (اويقيم)

حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لوقضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه * فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه **قال** ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع

اويقيم المشتري بينة وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ما ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وامكن تصحيحه بتقدير الخبر للمذكور ثانيا ومعناه اويقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار *

قوله حيث انكر تعين حقه وهو التسليم فان قيل ما ادعاه المشتري من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة القضاء عن النقض **قوله** لانه على حجته لانه لو حضر شهوده كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واسترداد الثمن **قوله** لانه حجة فيه اي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح **قوله** ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال بعتني آبقا وانما وضع المسئلة في الاباق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا طلب المشتري لانا تيقنا بوجوده عند البائع او باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يرجع الى قول الاطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة اوعيبا تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع الى قول النساء في توجه الخصومة فلا يتاتى في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشتري في الحال ولا يحتاج المشتري الى اقامة البينة على قيامه في الحال (و)

حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة * فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما نعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

وانما يثبت بالبينة ما لا يعرف الا بالتجربة كالاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون *
قوله حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري **قوله** والمراد التحليف على انه لم يابق عنده اي عند البائع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخر دينا وانكر المدعى عليه قيام الدين فان القاضي يامر المدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وكما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمم عن الدين اصل والشغل عارض قلنا الفرق بينهما هو ان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه عسى لانه ربما لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها اما لموتهم او لغيبتهم واما في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوسل المشتري الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يعاين امكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** والاول ذهول عنه وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب والثاني وهو قوله (لقد)

وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد

لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه بالشرطين لانه ح بتعلق الحنث به لقيام العيب في الحالين فاذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحنث فيدفع الرد بهذا التاويل فيتضرر به المشتري والاصح ان البائع لا يبر في يمينه الا اذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم اصلا لانه ينفي العيب عند البيع وعند التسليم فيحنث اذا لم يكن متعيبا في احدهما وفي قوله يوهم اشارة الى ان تاويل البائع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح وانما يحلف البائع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد او اباقه وفي مثل ذلك التحليف على العلم لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لاعلم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع وكالوكيل ببيع العبد لو قال قبض الموكل ثمن عبد بعته بحكم الوكالة فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعلا لغيره قال القاضي الامام ظهير الدين رح هذا لايقوى المسئلتين احدهما باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما وورثه البائع الآخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد رح وان كان يدعي العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باعا عبدا وغاب احدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر في نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وان ادعى ان له علما بذلك *

قوله وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة والفرق لابي حنيفة رح بين البينة والتحليف في ان العاجز عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التحليف (لا)

على الوجه الذي قد مناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ *

قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب * وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا *

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه

لان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقية الخصومة ولن يكون المشتري خصما للبائع هنا الا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التحليف لانتفاء موجبه وهو قطع الخصومة واما البينة فلاثبات كونه خصما الا ترى ان الرجل يقيم البينة على انه وارث فلان او وكيل فلان فانه يصح *

قوله على الوجه الذي قدمناه اي على البتات بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط **قوله** كما في الغصب يعني اذا انكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله **قوله** وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع للمشتري قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احديهما **قوله** لما بينا اشارة الى ان الاختلاف في مقدار المقبوض **قوله** لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه اشارة الى قوله قبيل باب خيار العيب ان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله **قوله** وهذا لان القبض له شبه بالعقد بوجهين احدهما ان القبض مثبت ملك التصرف واليد كما ان العقد مثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني ان القبض موكد (لما)

ويروى عن ابيبوسف رح انه يرده خاصة والاصح انه يا خذهما ا ويردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر ره هو يقول فيه تفريق الصفقة ولايعري عن مضرة لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لاتتم به على ما مر ولهذا قالوا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر

لما اثبته العقد وللتاكيد شبه بالايجاب الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود اكدوا نصف المهر فصاروا كانهم الزموا نصف المهر على الزوج *

قوله ويروي عن ابيبوسف رح انه يرده خاصة كانه جعل غير المعيب تبعا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين **قوله** وصار كحبس المبيع لما تعلق زوال حبس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول الا بقبض الكل فكذلك تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فما لم يقبض الكل لاتتم الصفقة على ان الصفقة ان تناهت فيما قبض لم تتناه فيما لم يقبض فدار التفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك **قوله** ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يرده خاصة قيل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن كزوجي الخف ومصراع الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى قال مشائخنا اذا اشترى زوجي ثور فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما بالآخر بحيث لايعمل بدونه لايملك رد المعيب خاصة **قوله** على ما مر اشارة الى ماذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وماذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لاتتم قبله **قوله** ولهذا لو استحق احدهما اي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لو استحق احدهما بعد قبضهما ليس له ان يرد الآخر بل يلزم العقد (على)

قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر * ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض

على المشتري في الآخر ولو استحق احدهما قبل القبض له ان يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام وبهذا يستدل على ان تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب ان يكون في خيار العيب كذلك وهو ان يجوز بعد القبض لا قبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفقة لا تتم ثمه بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختلف اذا اشترى عبدين ووجد باحدهما عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر رح كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض فهذا يخالف ما ذكر ههنا *

قوله لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه فان قيل لو كان المكيل والموزون كشيء واحد كالثوب والعبد مثلا كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا في استحقاق البعض بعد القبض عن ابيحنيفة رح روايتان والفرق على احديهما ان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في الباقي بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب عن غير المعيب يوجب زيادة عيب ولا فرق بين ما اذا كان الكل في وعاء واحد او في اوعية عند البعض وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين فهو كعبدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر وحكي عن الفقيه ابيجعفر رح انه قال ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في اوعية مختلفة (فوجد)

والاستحقاق لايمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد مابقي لتفرق الصفقة قبل التمام *

قال وانكان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون *

قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها وكانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلايكون الركوب مسقطا

فوجد في وعاء واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يفتي به ويزعم انه رواية عن اصحابنا رح وقالوا لا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او اوعية ليس له ان يرد البعض بالعيب واطلاق محمد رح في الكتاب يدل عليه وبه كان يقول شمس الائمة السرخسي *

قوله والاستحقاق لايمنع تمام الصفقة هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب رح وقال لا يلزم اذ لو لزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق وانه لايمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب **قوله** وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق اي ان عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلذلك كان للمشتري ان يرده **قوله** لان ذلك دليل قصده الاستبقاء اي في ملكه لان المداواة لازالة العيب وقيام العيب لايمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك ودليل الرضا بالعيب **قوله** لان الخيار هناك للاختبار يعني ان خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختيارا للملك لفات فائدة خيار الشرط اما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت فيندفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجا اليه وانه تصرف لا يحل بدون الملك فجعل دليل الرضا * (قوله)

وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا

قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابيحنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الاختلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه

قوله وان ركبها ليردها ذكر الامام التمرتاشي رح وان ركبها ليردها على البائع فليس برضاء سواء كان منه بدا ولا وان ركبها ليسقيها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد لصعوبتها بان كان جموحا او لعجزه عن المشي فليس برضاء ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب **قوله** فلانه سبب الرد فيكون مفضيا اليه ومقررا له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به اي لا وقت الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابيحنيفة رح وفي الجامع الصغير للامام التمرتاشي رح رجع بنصف الثمن عند ابيحنيفة رح وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع نحو القتل العمد والردة **قوله** وانه لا ينافي المالية ولهذا يجوز بيعه وينتقل بالقبض الى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري *

(قوله)

عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل
ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب
اوقطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وماذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق
في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده
بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ان لم يقبل وان قبله البائع فبثلثة الارباع
لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته
الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق

قوله عند تعذر رده اما تعذر الرد في القتل فظاهر واما في القطع فانه وجد في يد المشتري
وهو عيب حادث فلا يرده الا ان يرضى البائع **قوله** مضافا الى السبب السابق وهذا
لان السبب الموجود عند البائع اوجب استحقاق الفعل واستحقاقه اوجب وجوده ووجوده
اوجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شرى القريب والدليل على ان نسبة التلف
الى سبب الاستحقاق واجبة وان المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتالف انه لو حصل سبب
استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فرده على المالك ثم قتل اوقطع بناء على ذلك
السبب يرجع المالك بكل القيمة اوبنصف القيمة على الغاصب **قوله** وماذكر من المسئلة ممنوعة
اي مسئلة الحامل ممنوعة اي على هذا الخلاف ولئن سلم فقد ذكر في المبسوط واما الحامل
فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام بل الغالب عند الولادة
السلامة وهو نظير الزاني اذا جلد ولا يلزم على ابيحنيفة رح الجارية المغصوبة اذا حبلت
ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوبة كما غصب
ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه
العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقض قبض (١)

وعند هما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع *

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابيوسف رح

المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية محمومة فماتت في يد المشتري من تلك الحمى لانها لا يموت بمجرد الحمى بل بزيادة ترادف الآلام ولم يكن عند البائع وكذلك الامة اذا زوجها مولاها وهي بكر ثم باعها ثم اقتضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل ان من اشترى جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا الو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المولم وموته بذلك بمعنى عارض وهو خرق الجلاد وضعف المجلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب *

قوله وعند هما يرجع الاخير على بائعه لانه لم يصر حابسا للمبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع **قوله** في الكتاب اي في الجامع الصغير **قوله** في الصحيح وفي رواية عنه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن ولشبهه بالعيب لا يرجع عنه عند العلم بشيء عملا بهما وان اعتقه المشتري فقطعت يده (او)

وقال محمد رح لايدخل فيه الحادث وهوقول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابيبوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث *

اوقتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعندابيحنيفة رح لايرجع لان القطع والقتل لم يتضمنا تفويت المالية هنا لانعدام المالية يوم القطع والقتل *

قوله وقال محمد رح لايدخل فيه الحادث واجمعوا على ان البيع لوكان بشرط البراءة من كل عيب به انه لايبرأ عن الحادث لانه لما قال به اقتصر على الموجودكذا في شرح الطحاوي

قوله ولابيبوسف رح ان الغرض الزام العقدفان قيل الرواية منصوصة في شرح الطحاوي وفي المبسوط ايضا بانه لوباع بشرط البراءة عن كل عيب ومايحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسدتنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا قدذكر في الذخيرة انه اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعدالبيع قبل القبض يصح عندابيبوسف رح خلافالمحمد رح وذكرفي المبسوط في موضع آخرولارواية عن ابي يوسف رح فيما ذكراذا نص على البراءة من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها مايحدث قبل القبض تبعالان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقديدخل في التصرف تبعا مالايجوزان يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وذكرفي شرح الطحاوي ولووجدالمشتري بالمبيع عيبا فجاء يرده بعدما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هوحادث ولم يدخل في البراءة فعلى قول ابيبوسف رح لافائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد رح القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ له بحدوث العيب باطن فاذا ادعى المشتري باطنا ليزيل به ظاهرا لم يصدق * (باب)

* باب البيع الفاسد *

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رض هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال

---

* باب البيع الفاسد *

قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد والفاسد اعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس **قوله** هذه فصول اي مسائل جمعها اي القدوري رح فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميتة والدم ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الاولى وذلك لان الباء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع الا ترى ان البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجودا ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميتة والدم ثمنا لان يبطل بجعلهما مبيعا اولى وهذا اللفظ مجرى على عمومه فيما اذا اريد بالميتة الحيوان الذي مات حتف انفه واما اذا اريد بها المختنقة والموقوذة فليس بمجرى على عمومه فان بيع المختنقة والموقوذة جائز عند اهل الكفر وان كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس اهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى يموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا الا ترى ان المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة **قوله** عند احد اي ممن له دين سماوي وهذا لان صفة المالية للشيء بتمول كل الناس او بتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس اياه (قوله)

فانه مال عند البعض والباطل لايفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لايكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابيحنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير

قوله فانه مال عند البعض اي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقا او اراد ان كل واحد منهما مال متقوم عند البعض اي عند اهل الذمة **قوله** ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ فمنهم الشيخ الامام احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففيه اتفاق الروايات على ان المشتري يملكه واما اذا قبضه بعد الافتراق من المجلس بغير اذن البائع هل يملك ذكر في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لايملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذنا له بالقبض كذا ذكره الامام قاضي خان رح في الجامع الصغير وعند مشائخ بلخ رح الفاسد يفيد ملك العين وعند مشائخ العراق يفيد ملك التصرف لا ملك العين ولهذا لا يجوز للمشتري ان يطأ جارية اشتراها بشرى فاسد ولاشفعة في الدار المشتراة به ولايحل اكل طعام اشتراه به واما مشائخ بلخ رح فقالوا ان جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الاصح بدليل ان من اشترى دارا بشرى فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية بشرى فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب على البائع الاستبراء ولو باع الاب او الوصي (عبد)

انكان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وانكان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك مايقابله وانكان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عنداهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر

عبد يتيم بيعا فاسدا او قبضه المشتري واعتقه جاز عتقه ولوكان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لايجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين وانما لم يحل وطئ الجارية المشتراة بشرى فاسد لان في الاشتغال بالوطئ اعراضا عن الرد قال الامام الحلوائي رح يكره الوطئ ولا يحرم كذا في اليتيمة ولم يثبت الشفعة لان في قضاء القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره ولايحل اكله لما فيه من الاعراض عن الرد *

قوله انكان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فسر الدين بهما لانهما اثمان ابدا لانهما خلقتا في الاصل ثمن الاشياء وقيمتها قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة فسر الثمن بالدراهم وقال الفراء الثمن مايكون في الذمة والدراهم والدنانير لا تتعينان على اصلنا في عقود المعاوضات وانما ينعقد على مثلها دينا في الذمة فجعلوا الدراهم والدنانير اثمانا لهذا والاعيان التي ليست من ذوات الامثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة ابدا والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي مبيعة وثمن فان قابلها بالدراهم والدنانير فهي مبيعة وانكان في مقابلتها عين فانكانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن لان البيع لا بدله من مبيع وثمن وليس احدهما بان يجعل مبيعا باولى من الآخر لان المكيل والموزون يتعينان في البياعات كالعروض فجعلنا كل واحد منهما مبيعا من وجه ثمنا من وجه وانكانت المكيلات والموزونات غير معينة فان استعملت استعمال الاثمان فهو ثمن نحو ان يقول (١)

فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان المشتري للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شرى الثوب بالخمر

اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم *

قوله فسقط التقوم اصلا اي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان الثمن يثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل العقد اصلا وان كان قوبل بعين ظهر حكم التقوم في حق تملك العين فصار العقد منعقدا في حق العين ولم يصح تسمية الخمر في نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يملكه مجانا بل بعوض وقد تعذر مقابلته بذلك العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فيصار الى قيمة هذا العوض ضرورة والعقد الصحيح يقع مضمونا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا هو عنده مضمون بالقيمة لم يحتج الى قبض جديد للمشتري حتى يكون الهلاك عليه ويتم العقد الا ان ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط بينهما بتراضيهما وهو الثمن مقام ذلك ولهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصلي وههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصلي فوجبت القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذي يوجبه العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره **قوله** وكذا اذا باع الخمر بالثوب اي يكون البيع فاسدا لا باطلا وان كان فيه شبهة كون الخمر مبيعا لدخول الباء في الثوب ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان الخمر والثوب معينين فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب (١)

لكونه مقايضة **قال** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق *

قال وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما

البطلان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن الالغاء والبطلان بقدر الامكان *

قوله لكونه مقايضة المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بها لتساوي العوضين في العينية يقال هما قيضان اي متساويان **قوله** لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الابطال كذا في الجامع لفخر الاسلام **قوله** لازمة في حق المولى حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة ولا يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك ان يعجز نفسه **قوله** حتى يملك ما يضم اليهما كما اذا جمع بين قن ومدبر صح البيع في القن ولو لم يدخلا في البيع لما انعقد على القن كما لو جمع بين حر وقن **قوله** وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما لانهما ليسا بمحل البيع فلا يفيد دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغي ان يكون في ضم الحر الى العبد هكذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع اما المدبر وام الولد فمال وانما امتنع البيع لتضمنه بطلان حق الحرية (قوله)

فصار كمال المشتري لايدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا * ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يوخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك * ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي ع م عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا * ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره * قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبُت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه ع م نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح

قوله فصار كمال المشتري كما لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة فان عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق الآخر وهذا لانهما مالان حقيقة حران من وجه فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد دون الحكم عملا بالدليلين بخلاف الحر لانه ليس بمال بوجه **قوله** ولا بيع الحمل ولا النتاج الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو المراد من حبل الحبلة في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل ذلك بالنهي ولان فيه غررا وقد نهى النبي عليه السلام من بيع فيه غرر وهو ما انطوت عنك معنيه وخفيت عليك عاقبته **قوله** لانه من اوصاف الحيوان الصوف قبل الجز وصف الحيوان لان ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك **قوله** ولانه ينبُت من اسفل بضم الباء وذلك يتبين فيما اذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها اياما (فا)

في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه *

قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع اولم يذكراه لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولولم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع اوقلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود *

فالمخضوب يبقى على رأسه لا على اصله بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركت اياما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والاعلى ملك المشتري * **قوله** في هذا الصوف اي الصوف على ظهر الغنم **قوله** لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولا يقال بانه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا وفي الفوائد الظهيرية العقد مشروع والضرر غير مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا يلزم المحاباة لانه ليس فيه تفويت باستهلاك المال ولا بيع الحباب في الدار اذا لم يمكن اخراجها الا بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعيب وغيره ايضا وفي الحباب انما يتعيب البناء دون الحباب وفيما اذا اشترى نخلا او شجرا على ان يقطعه المشتري لو زرعا على ان يحصده قالوا يجب ان يجوز لانه امكن تسليمه من غير ان يتصل بالارض ضرر وفي هذا التعليل اشارة الى ان التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا يمكن القلع الا بحفر الارض وعند البعض يجوز للتعامل فصار كبيع الكراث يجوز للتعامل وان كان القياس يابى جوازه لانه ينمو من اسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر الغنم فبقي على اصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القطع نحو القميص والعمامة **قوله** اما الجذع فعين موجود فان قيل لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عينا (موجودا)

قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذود مثل كيله خرصا لانه ع م نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه ع م نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذود وهو بيع مجازا لانه لا يملكه فيكون برا مبتدأ * ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري اونبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر

موجودا وكذلك لو باع كرشها او اكارعها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وانكان عينا موجود الكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد الا انه عدعا جزا عن التسليم حكما لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب الشبكة على الطائر القاها عليه ومنه نهى من ضربة القانص هو الصائد وفي تهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وذلك ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا *

قوله ولان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد الزبن الدفع وناقة زبون تزبن حاليها ومنه الزبون للابله الذي يغبن كثيرا على الاسناد المجازي واستزبنه وتزبنه اتخذه زبونا والمزابنة بيع التمر في رؤس النخيل بالتمر كيلا من الزبن ايضا لانها يودي الى النزاع والدفاع **قوله** يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة اوسق وله (في)

وقد نهى النبي ع م عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر *

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه * ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه

في مقدار خمسة اوسق قولان قلنا العرية العطية قال عليه السلام للخراصين خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء وتفسير العرية ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا منه بل هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده *

قوله وقد نهى النبي ع م عن بيع الملامسة والمنابذة الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر ولكنه الحق ببيع الملامسة والمنابذة بطريق الدلالة وهو ان يتساوما فان احب المشتري الزام البيع لمسها بيده او وضع الحجر فيكون مشتريا لها رضي مالكها او لم يرض وان احب مالكها الزام البيع ينبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله الملامسة ان يقول ابيعك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري كذلك والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر وجب البيع **قوله** الكلأ واحد الاكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب وانما قال المراد الكلأ لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض فيجوز (بيعها)

بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى *

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير

بيعها فلا يصح ان يراد وانما المراد بها ما يحويه المراعي من الكلأ اطلاقا لاسم المحل على الحال *

قوله بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلأ والنار والمراد بالماء الذي في الانهار والآبار اما اذا اخذه وجعله في وعاء فقد احرزه فجاز بيعه وبالكلأ ما نبت في ارض غير مملوكة وما نبت في ارض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون محرزا له بكونه في ارضه واذا انبته صاحب الارض بالسقي والتربية في ارضه اختلفت الروايات فيه فانه ذكر في الذخيرة والمحيط ولو باع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الارض هو الذي انبت بان سقاها لاجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز لانه ملكه الا ترى انه ليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل الا ترى ان لكل احد ان يأخذه وفي القدوري ولا يجوز بيع الكلأ في ارضه ولو ساق الماء الى ارضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع الشركة بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي الكلأ على الشركة فلا يجوز وذكر الامام التمرتاشي والاسبيجابي عن المتاخرين اذا نبت الكلأ بسقي رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو مختار الشهيد وان نبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا بانباته وذكر الحلوائي عن محمد رحمه الله لكلأ ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلأ مثل الحاج وكان الفضلي يقول (هو)

والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح

هو كلأ ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب بها اما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبها وذكر في الفوائد الظهيرية وكذلك لا يجوز الاجارة لان المستحق بالاجارة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للخضاب والظؤورة وذكر الامام التمرتاشي رح بخلاف استيجار الظئر حيث يجوز لان لبن بنات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه * **قوله** والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه احترز بقوله لا بعينه عن بيع المهر والجحش فانهما وان كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المآل باعيانهما فيجوز البيع الكوارة بالضم والتشديد عن الغوري معسل النحل اذا سوى من طين **قوله** كذا ذكره الكرخي رح هكذا ذكرههنا وذكر في موضع آخر ان هذا قول القدوري وانكر ابو الحسن وهو الكرخي جواز بيع النحل مع المعسل وقال انما يدخل الشيء في البيع تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية * **قوله** وعند محمد رح يجوز كيف ما كان وعليه الفتوى اعتبارا للعادة ولانه يتولد منه ما هو منتفع به فيصح بيعه كبزر البطيخ ففي دود القز مر ابو حنيفة رح على اصله المذكور في بيع النحل وكذا محمد رح مر على اصله فقال بالجواز فيهما واما ابو يوسف رح ففرق ففي بيع النحل مع ابيحنيفة رح وفي بيع دود القز مع محمد رح فقال ما ظهر من القز منتفع به في المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل كذا في الفوائد الظهيرية *

(قوله)

وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف رح مع ابيحنيفة رح كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي ع م عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عليه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابيحنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية

قوله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقال الامام المحبوبي رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فانه اختيار الصدر الشهيد رحمه الله **قوله** وكان اشهد عليه اي انه ياخذه للرد على المولى لانه امانة عنده وقبض الامانة وهو ادنى لانه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو اقوى لانه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا وذكر الامام التمرتاشي رح وان لم يشهد فكذلك عند ابي يوسف رح اي لا يصير قابضا وعندهما يصير قابضا عقيب الشراء وان كان اخذه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء عندهم جميعا **قوله** ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد ويحتاج الى بيع جديد وبه اخذ جماعة من مشائخنا وبه كان يفتي ابو عبد الله البلخي وهكذا ذكر شيخ الاسلام رح لان شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتا وقت البيع فلا يجوز وان وجده من بعد وصار كما لو باع خمرا فصار خلا في المجلس وسلمه او باع طيرا في الهواء او سمكا في الماء ثم اخذه وسلمه في المجلس فانه لا يجوز **قوله** لانعدام المحلية لان محل البيع مال ومقدور التسليم والآبق ليس بمقدور التسليم ولان المالية في الآبق تاوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع فان قيل فلم جاز اعتاقه قلنا الاعتاق (١)

والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح *
قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن *

ابطال الملك فلا نسلم تواه بالاباق واما البيع فاثبات الملك للمشتري والتوى ينافيه فلا يثبت وعن ابيحنيفة رح انه يتم العقد وبه اخذ الكرخي رح وجماعة من مشائخنا وذكر القاضي الاسبيجابي رح وبعد ظهور الآبق فايهما امتنع من البائع والمشتري يجبر على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر الى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فح يحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة *
قوله والمانع قد ارتفع وهو العجز فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة كذا في المبسوط ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له اوليتيم في حجره جاز لان مابقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الآبق عن الكفارة جائز اذا علم حيوته ومكانه كذا ذكره التمرتاشي **قوله** ولا بيع لبن امرأة في قدح وانما قال في قدح لانه لو لم يذكر القدح لتوهم انه يجوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كما هو الحكم في البان سائر الحيوانات انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح او في غيره من الاناء يجوز **قوله** لانه مشروب طاهر في النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احترازا عن الخمر وعما لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الحنطة لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعهما لفوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة ولنا انه جزء الآدمي (فلا)

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع فى الماء القليل يفسده عند ابيوسف رح وعند محمد رح لا يفسده

فلا يكون مالا لان المال هو غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي مما يجري فيه الشحّ والضنة ومحل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره اصلا واما دلالة ان اللبن جزء الآدمي فهو ان الشرع اثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية فلما كان هو جزء الآدمي والآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة بالاتلاف فوجب ان يكون اللبن كذلك قلنا اجزاء الآدمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اتصل بدا البرء يسقط الضمان وكذلك السن اذا انبتت الا ما يستوفى بالوطيء فانه مضمون وان لم ينقص شيئا تعظيما للبضع الا ترى انه يجب وان اذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطيء ملحق بالنفس حكما في حق الضمان احتراما للماء الذي منه النفس وباتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شيء فلا يضمن كذا فى الاسرار واما قوله انه مشروب طاهر قلنا لا نسلم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة حتى لو استغنى لم يبح شربه وصبه في عين رمدة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به ولا يدل هذا على انه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يتملك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على انه مال متقوم مع ان الغذاء ما فى الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق واما ما يحلب بالقوارير فقلما يحصل به غذاء الصبي وفي تجويز بيع ذلك فساد فانه يثبت حرمة المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربى به من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يتمكن فساد فى الانكحة من الله والله لا يحب الفساد *

قوله فلا يجوز بيعه اهانة له فان قيل جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الاهانة (و)

لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رح ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها * ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن *

قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة * ولا باس ببيعها والانتفاع بها

وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة قلنا انما كان كذلك باعتبار المحل كما ان الاحراق اهانة في حق الآدمي اعزاز في حق الحطب حيث اعتبر به دون غيره وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله انكانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره للبائع وقيل لا يطيب الثمن للبائع ولا بأس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم وفي الشافي لو صلى ومعه شعر الخنزير اكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم وبسطا عند آخرين لم تجز عند ابيوسف رح وقال محمد رح تجوز وفي الذخيرة في المنتوف واما المخروز فظاهر * قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة والصحيح قول ابي يوسف رحمه الله لانه لو كان طاهرا مباح الانتفاع به يصح بيعه قياسا على عامة ما هذا شانه وعن بعض السلف انه كان لا يلبس مكعبا او خفا مخروزا بشعر الخنزير قوله الواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي تفعل بها ذلك وروي عن محمد رح انه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي ان النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل وانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان اباطيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل قوله فيزيد في قرون النساء وذوائبهن اي يريد في اصول الشعر للتكثير وفي الذوائب للتطويل قوله ولا بيع جلود الميتة (قبل)

بعد الدباغ لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به **قال** واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء

قبل ان تدبغ ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لانا نقول هذه الدسومات فى الجلد باعتبار اصل الخلقه فلما لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما النجاسة فى الثوب فليس باصل الخلقة بل جاورته بعد ان لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغير حكم اصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه كذا فى الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رح *

قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعا به شرعا اعتبارا بسائر السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه **قوله** حتى يباع عظمه هذا اذا لم يكن على عظم الفيل واشباهه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه **قوله** فباع صاحب العلو علوه اي حق التعلي والمال هو المحل للبيع فان محل البيع هو مال او حق يتعلق بالعين وحق التعلي يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه **قوله** لانه حظ من الماء والماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين فان قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي ان لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوما فى الارض قلنا انما يجوز للضرورة وبفرضية وجوده كالسلم والاستصناع (قوله)

ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب *

قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه الاعيان *

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا

قوله ولهذا يضمن بالاتلاف بان يسقي ارضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل بالشرب فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الارض وانما لم يجز بيعه مقصودا في رواية وهو اختيار مشائخ بخارا للجهالة وبيع المسيل لا يخلو عن خمسة اوجه اما ان يريد به بيع رقبة المسيل وهي النهر فهو جائز او يريد به رقبة الارض لتسييل الماء فهو على وجهين ان بين حدوده وموضعه فهو جائز ايضا وان لم يبين لا يجوز واما ان يريد به حق التسييل فهو لا يخلو اما ان كان على السطح وهو غير جائز لمعنيين احدهما انه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعلي والثاني بمنزلة الجهالة لان التسييل مجهول مختلف لقلة الماء وكثرته او في الارض وانه لا يجوز للجهالة **قوله** فاذا هو غلام ذكر الضمير بتذكير الخبر **قوله** والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه (في)

ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما *

في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رح في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلا تفاتهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام *

قوله ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى وفي الجامع الصغير للتمرتاشي اشار في البيع وسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا تعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشتري ان المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم تعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعتك هذه الجارية واشار الى العبد تعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشتر لي جارية بهذه الدراهم واشار الى الدنانير تعلق التوكيل بالدنانير وذكر فخر الاسلام رح انما يتعلق بالمشار اليه في متفقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك ممكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعت هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى لان العقد يبتني على المسمى وهو المقصود والبناء على المقصود واجب ويتخير لفوات الوصف وذكر في الفوائد الظهيرية ويثبت الخيار اذا كان الموجود انقص هكذا ذكر هنا وهكذا ايضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المحيطان للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه انقص وهو الصحيح لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط **قوله** جنسان للتفاوت في الاغراض فالمبتغى من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد **قوله** للتقارب فيها فالمبتغى من الكل اللحم او الركوب او الحمل (الو)

كز

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة اونسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة

الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارا كذا في المغرب *

قوله او بالعرض يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف فانه جائز بالاتفاق ولو باعها بالدراهم ثم اشتراها بالدنانير وقيمة الدنانير اقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر رح ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وهوان امرأة دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها وقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية الى العطاء بثمان مائة درهم ثم بعتها منه بستمائة فقالت عائشة بئس ما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب عن هذا فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدي اليه العقل اذ شيء من المعاصي دون الكفر لا يبطل شيئا من الطاعات الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل على انها قالته سماعا واعتذار زيد اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه فيها ولا يقال انما الحقت الوعيد به للاجل الى العطاء لانا نقول ان مذهب عائشة رض جواز البيع الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثاني بقولها بئسما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وانكان جائزا عندها لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول لصاحبه بئس البيع الذي (او)

بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها من البائع فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها

اوقعك في هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وانها رجعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربوا حتى تلت عليه آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض الربوا *

قوله بئسما شريت اي بعت لان الشرى يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة اي باعوه ثم انما ذمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد ايضا في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع وكره ذلك نسبة الى التفريق واما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربوا والربوا مخصوص بالبيع فاوجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربوا وجب الفساد لان شبهة الربوا ملتحقة بحقيقة الربوا فاوجب الفساد كحقيقته

قوله ولان الثمن لم يدخل في ضمانه لان الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه وتقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا سلم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني (و)

ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح ثم حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *
قوله ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها اي في المشتراة لكونه مجتهدا فيه لما ان شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع عبدا ومدبرا حيث يصح البيع في العبد لضعف فساد البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز فان قيل اليس انه اذا اسلم برا في شعير وزبيب يفسد في الكل عند ابيحنيفة رح وكذا اذا اسلم قوهية في قوهية ومروية ثم ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي يجوز عند الشافعي رح وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي والبر في الزبيب قلنا ذا ليس بطريق تعدي الفساد كما زعم البعض بل باعتبار ان اعلام رأس المال شرط عنده والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر اسلام القوهية في القوهية والمروية وبهذا تبين ان الطريق ما قلنا في تعليل قول ابيحنيفة رح في مسئلة اسلام الحنطة في الشعير والزبيب بان العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزبيب فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزبيب لان من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في احدهما دون الآخر لايجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدبر لان العقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جار دون ما قاله بعض مشائخنا لابيحنيفة رح ان الفساد اذا كان قويا مجمعا عليه تمكن في البعض تعدى الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وسوى في الفصلين اي فصل اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهية على ما ذكرنا (قوله)

اولانه باعتبار شبهة الربوا اولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها *

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه

قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة *

قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا من حيث انه يعود اليه كل راس ماله مع زيادة ليس بازائها ضمان وعوض وشبهة الربوا كحقيقته فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت الى المشتراة لكنّا قد اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز **قوله** اولانه طارئ وله وجهان احدهما انه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فح يفسد البيع فيما باع وهذا فساد طارئ فلا يتعدى الى الاخرى والآخر المقاصة وذلك ان بائع الجارية اولا لما باعها بخمسمائة ثم اشتراها واخرى معها بخمسمائة تقاص الثمنان وبقي بعض الثمن فضلا من غير ان يقابله عوض والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئا **قوله** لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد لان مقتضى العقد ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى وزنه اقل من خمسين او اكثر فكان شرطا مخالفا لمقتضى العقد اولانه يودي الى جهالة المبيع اويوجب ان يبقى له بعض الزيت بغير الثمن او ان يؤدي ثمن ما لا يصل اليه من الزيت **قوله** ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع **قوله** فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن والقول للمشتري لانه ينكر الزيادة (و)

قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند ابيحنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فغيره لا يوليه ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجزيه

ولا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزق والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيما يثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل *

قوله ان الموكل لا يليه فغيره لا يوليه كمسلم يوكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يصح بالاتفاق وابو حنيفة رح يقول الوكيل انما يملك التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا ولهذا يستغني عن الاضافة الى الموكل ويرجع الحقوق اليه والحاجة الى الموكل لانتقال حكم التصرف اليه والموكل اهل لانتقال ملك الخمر اليه ارثا وصورة الارث بان اسلم النصراني وله خنازير وخمور ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم يملكها فان قيل الوراثة ليست نظير مسئلتنا لان الوراثة امر جبري والتوكيل امر اختياري والامر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري قلنا ثبوت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة امر جبري ايضا حيث يثبت الملك له بدون اختياره كما في الموت وبالاتفاق ان الماذون له اذا كان نصرانيا اشترى خمرا ومولاه مسلم يثبت الملك له فيها فيجب ان يكون هنا كذلك فان قيل يثبت بين الوكيل والموكل احكام المبايعة حتى ان التحالف يجري بينهما عند التجاحد ويثبت احتباس المبيع ويثبت الرد بالعيب هذه احكام المبايعة تثبت بسبب الوكالة فينبغي ان يمنع عن التوكيل الذي يثبت هذه الاحكام لان المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع ايضا عما هو شبيه بالشراء بمباشرة حكمه الا ترى انه يمنع عن قبض الخمر حكما للشراء الموجود منه حال كفره قلنا هذه الاحكام تثبت مضافة الى الشراء لا الى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكما للوكالة بخلاف القبض لانه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة (١)

ولابي حنيفة رح ان العاقدهوالوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمرامرحكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وانكان خنزيرا يسيبه *

قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري اويدبره اويكاتبه اوامة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لايفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين اوللمعقود عليه وهومن اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لايبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا

البيع باختياره فكذلك يمنع عما يثبت به شبهة الشرى باختياره وهوالقبض وقولهما ان الموكل لايليه فغيره لايوليه منقوض بمسائل منها ان الوكيل بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن وله ان يوكل غيره بذلك ومنها ان الذمي اذا اوصى الى مسلم وقد ترك خمرا وخنزيرا فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وقسمته وانكان لايملك هوبنفسه ومنها ان المريض في مرض الموت اذا باع بما يتغابن الناس في مثله وعليه ديون مستغرقة لماله لايجوز ومن وصيه بعد موته يجوز ومتى جاز عندابيحنيفة رح انكان خمرا يخلله وانكان ثمن خمر تصدق به لانه عوض الخمر فتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم شرابها حرم بيعها واكل ثمنها *

قوله ان العاقدهوالوكيل باهليته الاصل ان الوكيل عند ابي حنيفة رح اصل في حق نفس التصرف ونائب عن الموكل في حكم التصرف فيعتبر اهليته لنفس التصرف واهلية الموكل لحكم التصرف وعندهمانائب عن الموكل في حق نفس التصرف فيعتبر اهلية الموكل لنفس التصرف

قوله ثم جملة المذهب فيه اي الاصل الكلي الشامل لفروع اصحابنا ان يقال كل شرط يقتضيه العقد اي يجب بالعقد بلاشرط كشرط الملك للمشتري في المبيع اوشرط تسليم الثمن اوتسليم المبيع لايفسد العقد لانه يثبت بمطلق العقد فلايفيده الشرط الاتاكيدا وكذاكل شرط لايقتضيه العقد الاانه يلايم البيع اي يوكدموجبه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا اوكفيلا وهومعلوم بالاشارة (او)

اولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لايقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لايفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لايقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق

او التسمية لايفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة وتاكيد لجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسد فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل تفضي الى النزاع فالمشتري يعطيه رهنا اوكفيلا والبائع يطالبه بآخر وكل شرط لايلايم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل اولم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء النعل على ان يحذوها اويشركها لايفسده ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لايقتضيه العقد ولايلايمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين اوللمعقود عليه وهو من اهل ان يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان لايبيعه المشتري فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وان لم يكن من اهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط ان يعلفه كذا منا من الشعير اولم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة اوثوب بشرط ان لايبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف رح انه يفسد به البيع *

قوله اولانه تقع بسببه المنازعة لانه متى كان منتفعا به كان مرغوبا فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقديرا ولم يكن له طالب فلا يؤدي الى الربوا والنزاع فان قيل لما شرط المشتري اوالبائع شرطا في العقد فالظاهر انه يجري على موجبه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لايجري الشارط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح (قوله)

ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ماذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابيحنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولابيحنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ماذكرناه ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا اتلف من وجه آخر لم تتحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا *

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي ع م عن صفقتين في صفقة

قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة والنسمة النفس من نسم الريح ثم سميت بها النفس ومنها اعتق النسمة والله تعالى بارئ النسم واما قوله ولو اوصى بان يباع عبده نسمة صحت الوصية فالمراد ان يباع للعتق اي لمن يريد ان يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق وخصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو يعرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعاني الافعال كذا في المغرب **قوله** لا ان يشترط فيه نفي لما قاله الشافعي رح ان تفسيره البيع بشرط العتق **قوله** فالحجة عليه ماذكرناه اي من الحديث والمعقول وهو انه يفضي الى الربوا او النزاع **قوله** فلا ينقلب جائزا اي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقريرا للفساد لا رفعا للفساد كسائر الشروط المفسدة كما في البيع الى النيروز والمهرجان **قوله** من حيث ذاته لا يلايم العقد على ماذكرناه (ص)

قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان *

قال ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة

من ان قضية العقد الاطلاق والتخيير في جميع التصرفات لا الالزام حتما ولكن يلايمه بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه يتقرر ومقرر الشيء مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه بخلاف مالو باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه تحققت الملايمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا بين ان يبقى فاسدا كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق *

قوله لان الاجل فى المبيع العين قيد بالعين احترازا عن المسلم فيه لان الاجل شرع ترفيها ليتمكن المشتري من التحصيل في مدة الاجل اما العين فحاصل فلا حاجة الى ذكر الاجل للترفيه فاذا شرط فيه يكون شرطا فاسدا والبيع يفسد بالشرط الفاسد **قوله** والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على انه بمنزلة طرف من اطراف الحيوان واستثناء الاطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصدا لا تبعا والاطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا لانه خلاف موجب العقد **قوله** فالاستثناء يكون على خلاف الموجب اي موجب العقد لان العقد يتناولها او على خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما دخل مقصودا في صدر الكلام وهنا دخل الحمل تبعا لا مقصودا والكتابة والهبة والاجارة والرهن (بمنز)

غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة

بمنزلة البيع بان يقول كاتبتك الا حملك او وهبتك الا حملك او رهنتك الا حملك *

قوله غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد اي ما يقوم به العقد كما اذا كاتب المسلم عبده على خمرا وخنزيرا وقيمته واما لو شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فتصح ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الربوا فيتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جائز والعقد جائز وهو ما اذا اوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف ما لو اوصى بجارية لانسان واستثنى خدمتها او غلتها حيث تبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الارث الا ترى ان الموصى له بالخدمة او الغلة لو مات (بعد)

على مامر * ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع اويشركه فالبيع فاسد قال رضه ماذكره جواب القياس

بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصي ولا يصير موروثا عن الموصى له وكذا لو اوصى
برقبتها لانسان وبخدمتها لاخر ومات الموصى له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك
الرقبة دون ورثة الموصى له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا
عن الموصى له فان قيل لما كان الاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه لزم
من هذا ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده
بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب ان يصح استثناؤه
قلنا يمنع اولا لزوم ذلك العكس الا ترى انه ذكر في الاجارات وما جاز ان يكون ثمنا
في البيع جاز ان يكون اجرة لم يلزم من هذا ان كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة بل يصلح
اجرة وان لم يصلح ثمنا كالاعيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح اثمانا وتصلح اجرة
ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه احدها ان الاستثناء تصرف
في اللفظ فيصح الاستثناء فيما دخل في المستثنى منه ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح
استثناؤه والثاني ان الوصية ليست بعقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت
الموصي فلا يتنا ولها ماذكر من لفظ العقد مطلقا ولذلك يدخل الموصى به في ملك ورثة
الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يكون عقدا والثالث
انا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم ان ترد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري
في الخدمة لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح *

قوله على ما مر وهو قوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن الى آخره

قوله ومن اشترى نعلا على ان يحذوها اراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم
ما يؤل اليه حذا النعل بالمثال قطعها به وحذا نعلا عملها شرك النعل من التشريك وضع
عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله)

ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع * والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه *

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها

قوله ووجهه ما بيناه وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين الى آخره وجه الاستحسان ان فيه عرفا ظاهرا وفي النزوع عن العادة حرج بيّن فصار كصبغ الثوب لان القياس ان لا يجوز لان الاجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزناها للتعامل وكالاستصناع فان بيع المعدوم لا يجوز وانما جوزناه للتعامل **قوله** والبيع الى النيروز اي بتاجيل الثمن الى النيروز والمهرجان تعريب مهركان وهو اسم للخريف **قوله** لجهالة الاجل لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين ونيروز المجوس **قوله** لابتنائها على المماكسة اي لابتناء البيوع المكس في البيع استنقاص الثمن من باب ضرب والمماكسة والمكاس في معناه والمكس ايضا الخيانة وهو فعل المكّاس العشار ومنه لا يدخل صاحب المكس في الجنة **قوله** لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما كذا ذكره التمرتاشي رح **قوله** الى قدوم الحاج اي الى وقت قدوم الحاج **قوله** لانها تتقدم وتتاخر لانها من افعال العباد فيثبت بحسب ما يبدو لهم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الاهلّة قل هي مواقيت للناس **قوله** وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي يمكن تداركها وازالتها لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة رضه كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رضه (لا)

ولانه معلوم الاصل الاترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بماذاب على فلان
ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لايحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع
مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة
فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد *
ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد
والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رح لايجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

لا يجيز ذلك واختلاف الصحابة رضي الله عنهم دليل على ان الجهالة يسيرة اذ لاخلاف
لاحد في فساد البيع عند تفاحش الجهالة كالبيع الى هبوب الريح ومجيء المطر *
قوله ولانه معلوم الاصل يحتمل وجهين احدهما ان المكفول به وهو اصل الدين معلوم
وانما المجهول وصفه وهو الاجل والوصف تابع الاصل ثم الجهالة اذا كانت في اصل الدين
متحملة في الكفالة بان تكفل بما ذاب له على فلان ففي الوصف اولى والجهالة لاتتحمل
في ثمن المبيع فكذا في وصفه اذ الوصف لا يخالف الاصل والثاني وهو الاوجه ان اصل
هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وانما المجهول وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة
يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح او مجيء المطر لايصح لان اصله غير معلوم في تلك السنة
قوله فكذا في وصفه لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف ادنى من الاصل
فلا يلزم ان يكون مثل الاصل في كونه مفسدا قلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما
ولا منازعة في الكفالة لانه تبرع ابتداء فتبتني على المسامحة **قوله** ولو باع الى هذه الآجال
انما قيد بقوله الى هذه الآجال احترازا عن البيع الى هبوب الريح او مجيء المطر ثم تراضيا على
اسقاط تلك الآجال وفي المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار السماء
لان ذلك ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وامطار السماء
قد يتصل بكلامه فعرفنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولاجله فسد العقد (قوله)

وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقطا الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه *

قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابيحنيفة رح وقال ابويوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتبة وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول

قوله فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل اي على اصلكم واما على قول زفر رح فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح **قوله** بطل البيع فيهما سمي لكل واحد منهما ثمنا او لم يسم عند ابيحنيفة رح وفي المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث قال فاذا احدهما حر فالبيع فاسد فيهما ولا شك في ان البيع باطل في الحر اما في القن فما ذكر في اصول الفقه لشمس الائمة رح يدل على ان العقد في القن فاسد لا باطل حيث قال ابوحنيفة رح فيما اذا باع حرا وعبدا وسمى ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد صحيحا ولم يقل لم ينعقد العقد في العبد اصلا **قوله** عقد غير عقد النكاح لان النكاح عقد مندوب اليه والمتعة منهية فلا يكون عقد النكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر **قوله** فسد فيهما اي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدبر والجمع بين عبده وعبد غيره **قوله** ومتروك التسمية عامدا كالميتة فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه كالمدبر فان الشافعي رح قائل بحله قلنا حرمته منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن جمع بين وقف وملك صح في الملك في الاصح (قوله)

ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينعقد في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي

قوله ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين بيانه ان من جمع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشتري القبول في احدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع اصلا لانهما ليسا بمال فيكون جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد اصلا شرطا للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانه لا يبطل **قوله** والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد فان قيل اذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فلا يكون القبول في الحر شرطا في العبد قلنا اذا لم يكرر الايجاب تكون الصفقة متحدة وان سمى لكل واحد من المبيع ثمنا وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطا لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الربوا فلا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود شرط هو مخالف لمقتضى العقد كاف في افساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر ايضا وذلك لان قبول الحر قبول لبدله وبدل الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلا بمال فكان بدله خاليا عن العوض فكان ربوا وذلك لانه اذا باعهما بالف صار كان البائع قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى وهو عين الربوا باعتبار انه فضل خال عن العوض في البيع وقالا انما يشترط قبول العقد في احدهما بقبول العقد في الآخر اذا صح الايجاب (فيهما)

وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع
وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما
اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول
في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقا للضرر بالبائع في قبول العقد في احدهما دون الآخر
وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في احدهما وصار هذا كما اذا اشترى عبدا ومكاتبا
او مدبرا فالبيع يفسد في المدبر والمكاتب ويبقى العقد صحيحا في العبد كذا ههنا وابو حنيفة رح
يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما
قبول العقد في الآخر وقولهما ان هذا عند صحة الايجاب فيهما قلنا عند صحة الايجاب فيهما
يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان
هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود المحلية فيهما وذكر
الكرخي رجوع ابي يوسف رح في فصل من هذا الجنس الى قول ابي حنيفة رح
وهي مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه
في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح *
قوله وكذا في ام الولد عند ابيحنيفة وابي يوسف رح وهذا بناء على ان جواز بيع ام الولد مختلف
بين الصحابة رضي الله عنهم جوز علي كرم الله وجهه بيع ام الولد والباقون رض لم يجوزوا
ثم اجمع المتاخرون على عدم جواز بيع ام الولد والاجماع المتاخر يكون رافعا للاختلاف
المتقدم عند محمد رح وعندهما لا يكون رافعا فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما
قوله الا ان المالك هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد **قوله** فكان هذا اشارة الى البقاء
اي فكان قوله ردوا البيع اشارة الى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا الى الرد وهذا لا يكون شرط القبول
في غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا بيعا بالحصة ابتداء لانعقاد العقد وبقائه فيهم والله اعلم (فصل)

* فصـــــــل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع فى البيع الفاسد بامر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لايملكه وان قبضه لانه محظور فلاينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لايفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال

---

* فصـــــــل في احكامه *

قوله واذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بامر البائع وكل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وفائدة هذه القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الاصل ان ينعقد البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غيران فى القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين فاقيم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد واذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدول عن القيمة الى المسمى فيصار الى الاصل **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لايملكه وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه فلاينال به نعمة الملك لاشتراط الملايمة بين المؤثر والاثر والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب **قوله** ولان النهي نسخ للمشروعية اي على اصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا وكونه منهيا عنه يقتضي كونه قبيحا وبينهما تضاد **قوله** ولهذا لايفيده قبل القبض يعني ان البيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق مانعا لقيام العلة بلا حكم فلما بقي المانع مع القبض كان المنع قائما بخلاف الهبة فانها لاتوجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لنقصان فى العلة لا للمانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة ولا عقد

(قوله)

وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور مايجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لايثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذهو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى

قوله وفيه الكلام اى الخلاف فيما اذا كان مبادلة المال بالمال اما اذا لم يكن العوضان او احدهما مالا فالبيع باطل اجماعا لعدم ركنه ولا نزاع فيه **قوله** والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور لانه يقتضي تصور المنهي عنه اذ النهي عما لايتصور لغو لان النهي يراد به عدم الفعل مضافا الى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين ان يكف عنه باختياره فيثاب عليه وبين ان يفعله باختياره فيعاقب عليه وتصور المشروع بشرعيته فكان النهي لمعنى في غير المنهي عنه فيصير مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فيصير فاسدا فثبت ان نعمة الملك ما نيطت بالمحظور بل بالمشروع **قوله** وانما المحظور مايجاوره فان قيل هذا من قبيل مايتصل به المعنى وصفا لا من قبيل مايجاوره المعنى جمعا كما عرف في اصول الفقه قلنا اراد بالمجاور ان الفساد ليس لمعنى في عين المنهي عنه بل لمعنى في غير المنهي عنه وهو الشرط الزائد مثلا **قوله** كالبيع وقت النداء فان النهي ثمه ورد لمعنى في غير المنهي عنه وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع فان قيل ذلك البيع مكروه وهذا فاسد فما وجه الالحاق قلنا هما يتحدان في ان النهي فيهما غير راجع الى غير المنهي عنه ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفا كحكم المجاور جمعا فيصح قياس احدهما على الآخر لاشتراكهما في امر هو مقصود المصنف وايضا ان غرض المصرح بيان ان حكم المنهي عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عند الخصم ثم الكراهة مع الفساد يتشاركان من حيث ان حكم كل واحد منهما ليس بباطل ويفترقان من حيث ان ذلك الغير هنا متصل به وصفا فاثر في الفساد وثمه مجاور فاثر في الكراهة اظهارا للقصور **قوله** كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور وذلك لانا لو اثبتنا الملك قبل القبض لكنا (مثبتين)

ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولوكان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهوان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا

مثبتين ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هناك سواه والبيع مشروع بشرع الله تعالى فكان الفساد مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك اما لوقلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتا للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض على سوم الشراء فكان تقريرا لفساد مضافا الى العباد وذلك ليس ببعيد ولانه لو ثبت الملك قبل القبض لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض رفعا للفساد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة اولى لان هذا اسهل وابعد عن العبث اذ لوقلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث *

قوله ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح يعني ان سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والشيء اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يوكده كما في الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه لا لمانع آخر **قوله** فقد خرجناه وهو ما ذكر في اول الباب ان المبيع هو المقصود في البيع وفي جعل الخمر مبيعا مقصودا اعزاز له والشرع امر باهانته وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلا **قوله** وشيء آخر يعني دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو ان الواجب في بيع الخمر هو القيمة وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعا فلو انعقد هذا البيع انما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة عجز المسلم عن تمليك الخمر وتملكه كالنصراني اذا تزوج نصرانية على خمر ثم اسلم تجب القيمة والقيمة الواجبة في الذمة لا تصلح مبيعا لان القيمة هي الدراهم والدنانير اذ بهما تقوم السلع وهما ثمنان فلا يصيران مثمنين (قوله)

ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى *

قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا ان المراد من الامر الاذن **قوله** وهو الظاهر اي شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا انه يكتفى به اي بالاذن دلالة **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه هي الرواية المشهورة ثم قال وذكر في الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه فانه يثبت الملك ولم يحك خلافا لان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بحضرمنه ولم يمنع يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية ان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وهذا بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه **قوله** والبيع مع نفي الثمن اي في رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفي بحكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكت كان غرضه قيمته فكانه باع بقيمته (قوله)

قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط **قال** فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع

قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه يريد به ان لكل واحد منهما ولاية الفسخ لا ان يريد ان الفسخ حق لكل واحد منهما لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان اعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا عنه ولكنه يوقف على حضرة الآخر لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه **قوله** وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام العقد بالعوضين فكل فساد تمكن في احد العوضين يكون فسادا في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او خنزير لقوة الفساد فيجب اعدامه حقا للشرع فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفي الايضاح هذا قول محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ منه صحيحا فاما اذا فسخ الآخر فقد ابطل حقه لانه كان قادرا على تصحيح العقد بحذف الشرط وهما يقولان بان الفسخ مستحق شرعا فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الشرط وان كان قادرا على التصحيح بالحذف لكن الكلام قبل الحذف **قوله** وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني فان قيل كان ينبغي ان ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسدا لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له قلنا انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات (١)

وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري فى الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان فى المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع *

قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جايز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان

البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشترى الثاني لان له ملكا متجدد الثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب *

قوله وحق العبد مقدم لحاجته فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم احرم يجب عليه ارساله وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب الجمع بين الحقين وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا امكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه **قوله** بخلاف تصرف المشتري فى الدار المشفوعة وجه الورود انه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه ان تصرفات المشتري فى الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرهما صحيحة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب ان كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين يرجح حق الشفيع لمعنيين احدهما ان حق الشفيع مقدم بالترجيح الاسبق والثاني ان هذه التصرفات التي وجدت من المشتري فى الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المبيع بيعا فاسدا فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه اذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تم من جهته وفى الذخيرة (لان)

الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف
الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ودفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به

لان التسليط انما يثبت بالاذن نصا او باثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع
فان قيل في نقض البيع الاول ايضا سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ذاك باعتبار رفع الفساد
لا باعتبار نقض ما تم من جهته فلما باع المشتري شراء فاسدا جعل ذلك العين غير ذلك العين
لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو بقي له
حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ما تم من جهته خالصا لما ان البيع الثاني صحيح
ولا فساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول *
قوله الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا
انما يكون ان لو كان عجز المكاتب وفك الرهن قبل قضاء القاضي بالقيمة وكذا لو رجع
في الهبة بقضاء القاضي او بدونه او رد عليه بالعيب في البيع قبل ان يقضي القاضي عليه
بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضي فقد تحول الحق الى القيمة
فلا يعود الى العين بعد ذلك كما لو ابق المغصوب فقضى القاضي بالقيمة ثم عاد كذا
في المبسوط **قوله** وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ولم يذكر محمد رحمه الله
من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي هو الذي يفسخ والتزويج يشبه الاجارة لوروده
على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضا فتعلق حق الزوج
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الذخيرة والايضاح
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن وذكر الامام التمرتاشي رح
اذا اشترى عبدا بيعا فاسدا او استاجره اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجرة او ارتهن
رهنا فاسدا او اقرضه قرضا فاسدا واخذ به رهنا فله ان يحبس ما اشترى وما استأجره (و)

فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا **قال** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابيحنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء ويرد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان

وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البدلين فان مات البائع او المواجر او الراهن او المستقرض فالذي في يده العبد والرهن احق بثمنه من غرماء الميت بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين او الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص المحتال له بدين الحوالة والوديعة فان قيل دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب ان يكون المحتال له اخص به كما في الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كالماذون اذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص *

قوله فيصير محبوسا به اي بالثمن كالرهن يصير محبوسا بالدين الا ان الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب **قوله** وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص رح قال الامام التمرتاشي رح ذكر بكر رح فان كان المنقود قائما هل يتعين على رواية ابي حفص رح لا وعلى رواية ابي سلمان رح يتعين وعلى هذا يجب ان يكون المقبوض بغرض فاسد وكذا لو باع دراهم بدراهم الى اجل فهو فاسد وهل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين وذكر البرعي رح في الجامع الدراهم في البيع الفاسد انما تتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تتعين **قوله** لانه بمنزلة المغصوب اي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب **قوله** لما بينا اشارة الى انه بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذلك

(قوله)

لج

حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ~~اضعف~~ الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابيحنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبناه على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف *

قوله حق الشفيع اضعف فلهذا يحتاج الى الرضاء او القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع اولى ولابيحنيفة رح ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام اذ البناء ليس للنقض والغرس ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس ضررا بلا جائز والبائع يتضرر مع جائز مع انه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشتري اولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشتري بيعا صحيحا بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قيل اذا نقض البناء والغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب ان يعود حق البائع في الاسترداد لزوال المانع كما اذا باعه المشتري بيعا صحيحا ثم انتقض البيع بما هو نقض من كل وجه قلنا المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع عود حقه كملك المشتري الثاني الا ترى ان المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثاني ولا يعود حق البائع في الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عائدا على موضوعه بالنقض لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له لا لان لا يكون له ولان النقض مقتضي صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضي مناقضا للمقتضي وهو التسليم الى الشفيع **قوله** وشك يعقوب في حفظ الرواية يعني شك (انه)

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ماربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابيحنيفة ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها*

قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا

انه هل سمع من ابي حنيفة رح انه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد ام لا ولم يشك في الاختلاف وقد نص محمد رح على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون نصا على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالبناء لان التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على الاختلاف في اصل ذلك الفرع*

قوله والفرق ان الجارية مما يتعين والاصل ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد في الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف في العروض والنقود وادى ضمانهما للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح عند ابيحنيفة ومحمد رح لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمّ شبهة هنا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين ثمّ ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على اخر مالا اي دراهم او دنانير* (قوله)

لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين *

* فصـــــــــــل فيما يكره *

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال ع م لاتناجشوا **قال** وعن السوم على سوم غيره قال ع م لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا **قال** وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال ع م لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز

قوله لان الدين وجب بالتسمية اي بتصادقهما لان المرء مواخذ باقراره في الحكم فاذا تصادقا ان الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع امة بالف وتقابضا فاستحقت الامة كان الثمن مملوكا للبائع ملكا فاسدا لوجوب رده عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة يتمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر والله اعلم بالصواب *

* فصـــــــــــل فيما يكره *

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو بفتحتين وروي بالسكون ان تستام السلعة بازيد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في النكاح وغيره ومنه الحديث نهى عن النجش ولا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا تستام نهي بصيغة النفي وهو ابلغ **قوله** وعن تلقي الجلب جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد (للتجارة)

وهوان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قال** ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي ع م باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه *

* نوع منـــــه *

قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله ع م من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه

للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهي عن تلقي الجلب كذا في المغرب *
قوله وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي وقيل هو ان يتولى المصري عمن جاء من خارج المصر ليغالي في القيمة **قوله** ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه يعني اذا قعدا او وقفا قائمين لاجل البيع واما اذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس بذلك **قوله** وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض **قوله** وتفسيره ما ذكرناه وهو قوله فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد **قوله** ما فعل الغلامان اي ما حالهما قوله ويروى اردد اردد اي استرد (قوله)

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه

قوله ثم المنع معلول بعلة القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كامرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم فان قيل أليس ان الحربي اذا دخل دارنا بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق **قوله** ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس مخالف لما ذكر فيما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده الى آخره قلنا النص لا بد ان يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه ثم قلنا ان في حديث القهقهة معنى معقولا وهو ان القهقهة جناية في مقام المناجاة مع الرب فاوجبت نقض الطهارة جزاء لجنايته لمنع مقصوده من المضي في الصلوة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء الصوم مع الاكل ناسيا ان فساد الصوم يتعلق بترك الاتمام مختارا والناسي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفته الدليل الظاهر فعلم بهذا ان مطلق وجود المعنى لا يدل على ان يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر وههنا كذلك لان الصغيرين ملكه والملك عبارة عن المطلق الحاجز والقياس الظاهر يقتضي ان يجوز تصرفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك (سوى)

لما ذكرنا حتى لوكان احد الصغيرين له والآخر لصاحبه لا باس ببيع واحد منهما ولوكان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به *

قال وان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لايجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لايجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لايكون الافي البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام * وانكانا كبيرين فلاباس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ماورد به النص وقدصح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

سوى العبيد والاماء وفيهما في الكبيرين فلهذا سمي بخلاف القياس وانكان فيه معنى معقول من وجه آخر كما في النظائر *

قوله لما ذكرنا اي من ان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده **قوله** وبيعه بالدين بان استهلك احدهما مال انسان وكذا اذا كان ماذونا فلحقه دين يباع في الدين وان حصل التفريق **قوله** ورده بالعيب بان اشتراهما فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن احدهما محل البيع بان كان مدبرا او مكاتبا **قوله** لمعنى مجاور وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع في شئ والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لايفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء كذا في المبسوط **قوله** كراهة الاستيام اي السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك محمول على طلب الاقالة اوبيع الآخر ممن باع احدهما منه **قوله** ليس في معنى ماورد به النص لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لايستأنس احدهما بالآخر بل يتاذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما والله اعلم (باب)

* باب الاقالة *

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما * فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

---

* باب الاقالة *

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب كاشكى اي ازال القول السابق وهذا سهو بوجوه احدها انهم قالوا اقلت البيع بالكسر واقلته فدل على ان العين ياء والثاني ان في الصحاح اورد اقالة البيع في ذكر القاف مع الياء لا في ذكر القاف مع الواو فقال واقلته البيع اقالة وهو فسخه وربما قالوا قلته البيع والثالث ما ذكره في مجموع اللغة في القاف مع الياء وقاله البيع قيلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في اثبات جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام ندب الى الاقالة بما يوجب التحريض من الثواب والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا في حقهما تظهر في مواضع احدها ان يجب على البائع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما ايضا لبطلت بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع ويبطل بها عند ابي يوسف رح في الموضع الذي يجعلها بيعا والثالث بعد ما تقايلا قبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع لانه فسخ في حقهما ولو كان بيعا لما جاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع لان في حق غيره بيعا جديدا وفائدة كونها بيعا جديدا في حق غيرهما تظهر في مواضع ايضا احدها ان المبيع لو كان عقارا مما يجب فيه الشفعة فسلم الشفيع الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطلب الشفيع الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني ان البيع لو كان صرفا فالتقابض في كلا الجانبين (شرط)

الاان لايمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عندا بيحنيفة رح وعندابييوسف رح هوبيع الاان لايمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لايمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي

شرط لصحة الاقالة فجعل في حق الشرع كبيع جديد والثالث انه لواشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البائع كانه ملك بسبب جديد والرابع ان السلعة لوكانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فصار كان البائع اشتراها في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي *

قوله الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل بان ولدت المبيعة ولدا بعد القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وابوحنيفة رح لا يصحح الاقالة الابطريق الفسخ وعندابي يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا كما لوتقايلا في المنقول قبل القبض اوتقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما الا ان لايمكن جعله فسخا ايضا فح تبطل الاقالة في نفسها كما في بيع العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما لوتقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لايجوز وتعذرا عتبارها فسخا ايضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وقدسميا ثمنا آخر وعند محمد رح هوفسخ كما قاله ابوحنيفة رح حتى لوتقايلا بمثل الثمن الاول او بالاقل يكون فسخا الا اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة اوتقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول اوبخلاف جنس الثمن الاول فهوبيع كما قاله ابويوسف رح الاان لايمكن جعله بيعا ولافسخا فيبطل كما في بيع العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا في المنقول اوغيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الاقالة اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة فاما اذا حصل بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد فانها لا تجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا (قوله)

فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الاترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت بها الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقة ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان

قوله فيوفر عليه قضيته اي يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع فيجعل بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة اصلا ولو كان لفظ الاقالة محتملا لمعنى البيع لانعقد به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا روي عن بعض المشائخ انه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في مخرجها وما نحن بصدده ليس كذلك لان الاقالة اضيفت الى ماله وجود اعني سابقية العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اريد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية **قوله** وهذه احكام البيع وهي بطلان الاقالة بهلاك السلعة في يد المشتري بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها تدل على ان الاقالة بيع فالاستدلال بالاثر على العلة انما يصح اذا كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كالاستدلال بالدخان على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون البيع فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فانه غير مختص بالبيع **قوله** ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ الى ان قال فتعين البطلان فان قيل اعمال اللفظ لمعنى من المعاني عند دلالة الدليل عليه اولى من الابطال ثم في لفظ الاقالة لما تعذر اعتبار الحقيقة وجب ان يجعل عبارة عن البيع المبتدأ لان اللفظ يحتمله (الا)

وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل

الاترى انا جعلناه بيعا في حق الثالث قلنا ان اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لامحالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده واما في حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع في حقه ولكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك للبائع ببدل اظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما فاللفظ اذا لم يمكن اعتباره بحقيقته ولا يصح مجازا عن البيع لغا في نفسه كذا في الايضاح وذكر في الفوائد الظهيرية ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقالة رفع وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا يمكن ان يستعار احدهما للآخر والمجاز حيثما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بيانه ان الشجاع يسمى اسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة واما الجواب لابي حنيفة رح عما استدل به ابو يوسف رحمه الله من احكام البيع في الاقالة على ان الاقالة بيع بدلالة وجود تلك الاحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يبدل الاحكام من حكم الى حكم كدم الاستحاضة اخرجت عن حكم الحدث ولا يغير الحقائق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتبدل ويثبت ضمنا للاقالة ما لا يخرج الاقالة عن حقيقتها وهي الفسخ *

قوله وكونه بيعا في حق الثالث جواب سوال يرد على قول ابي حنيفة رحمه الله

قوله بخلاف البيع يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة اي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهما بدرهمين فان البيع يفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل كانه باع درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربوا ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع (ما)

لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت من الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه * ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا * ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده

ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يؤيد قول ابي حنيفة ومحمد رح انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع *

قوله لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان في الاحالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة **قوله** الا ان يحدث في المبيع عيب فح جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب وبعض مشائخنا قالوا تاويل المسئلة ان يكون حصة العيب بقدر النقصان او اقل او اكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الحط يجعل بازاء مافات بالعيب **قوله** ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح هذا اذا ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبل القبض (فالاقالة)

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كلواحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب *

فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ان الجارية اذا ولدت ثم تقايلا فانكان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقرلان الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ متصلة كانت او منفصلة وانكانت الزيادة بعد القبض فانكانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابيحنيفة رح لانها تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة وابوحنيفة لايجوز الاقالة الا بطريق الفسخ وانكانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لايمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا في الذخيرة *

قوله وهلاك الثمن لايمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لابالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن انما يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد وما يكون وجوده بالعقد يكون حكما للعقد وحكم العقد لا يكون محلا للعقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وبينهما تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن ولو تقايضا يجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا يجوز بعد هلاكهما **قوله** ولا تبطل بهلاك احدهما اي لا تبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك احدهما **قوله** لان كل واحد منهما مبيع فان قيل في التصارف ايضا كل واحد من البدلين مبيع ويجوز الاقالة بعد هلاكهما قلنا لان المعقود عليه في التصارف ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه الا ترى ان بعد الاقالة لايلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض (ما)

لو

* باب المرابحة والتولية *

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما

ما نعا صحة الاقالة وانكان في العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهما لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت وقال محمد رحمه الله لا يقوم الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع والله اعلم بالصواب *

* باب المرابحة والتولية *

البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف * **قوله** المرابحة نقل ما ملكه اي من السلع لانه اذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة المسئلة في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** بالعقد الاول اي بما ملكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي اداها الى مالكه هذه المسئلة ايضا في فتاوى قاضيخان **قوله** بالثمن الاول اي بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول اجرة القصار والصباغ والطراز والفتل جاز ولانه لو ملك اصل الثوب بميراث اوهبة او وصية فقومه بقيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط (قوله)

ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابوبكر رض بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هولك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا *

قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة * ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم * وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال * ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان * ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا

قوله ولهذا كان مبناهما ايضاح لقوله يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي **قوله** وعن شبهتها حتى اذا اشترى الى اجل ليس له ان يبيعه مرابحة الا بالبيان **قوله** ولا يصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل اي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فح تصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه ايضا فاشتراه مرابحة او تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فتمكن شبهة الخيانة وانه مانع من بيع المرابحة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العوض فاشتراه به او اشتراه به وبربح درهم صح وصورته ان يشتري رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان بائع العبد ملك الثوب من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب وبربح درهم او قفيز حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب وبربح درهم او قفيز حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح ده يازده وهو مالك ذلك (١)

* باب المرابحة والتولية *

المرابحة نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لايهتدي فى التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما

مانعا صحة الاقالة وانكان فى العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهما لوكانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت وقال محمد رحمه الله لا يقوم الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح وبه فارق البيع والله اعلم بالصواب *

* باب المرابحة والتولية *

البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف * **قوله** المرابحة نقل ماملكه اي من السلع لانه اذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة المسئلة في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** بالعقد الاول اي بماملكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي اداها الى مالكه هذه المسئلة ايضا في فتاوى قاضيخان **قوله** بالثمن الاول اي بما قام عليه لانه لوضم الى الثمن الاول اجرة القصار والصباغ والطراز والفتل جاز ولانه لوملك اصل الثوب بميراث اوهبة او وصية فقومه بقيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة فى المبسوط (قوله)

ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابوبكر رض بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هولك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا *

قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة * ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم * وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال * ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان * ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا

قوله ولهذا كان مبناهما ايضاح لقوله يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي **قوله** وعن شبهتها حتى اذا اشترى الى اجل ليس له ان يبيعه مرابحة الا بالبيان **قوله** ولا يصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل اي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فح تصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه ايضا فاشتراه مرابحة او تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالخزر والظن فتمكن شبهة الخيانة وانه مانع من بيع المرابحة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العوض فاشتراه به او اشتراه به وبربح درهم صح وصورته ان يشتري رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان بائع العبد ملك الثوب من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب وبربح درهم او قفيز حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب وبربح درهم او قفيز حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح ده يازده وهو مالك ذلك (١)

وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته * فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه * وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب

العوض لا يجوز لانه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرك بالحزر والظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ وهو ربح ده يازده انما يستعمل فيما اذا قام له السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هنا وهو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصير ح بائعا للعبد بذلك الثوب وبجزء من احد عشر جزء من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون بائعا بالثوب وببعض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا لو باع العبد ممن لا يملك الثوب بربح ده يازده لا يجوز ومعنى قولنا بربح ده يازده اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهما وان كان عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان الربح ثلثة دراهم فتسمية ربح ده يازده يقتضي ان يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز ويزيد ما ذكرنا وضوحا بمسئلة وهي ان من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقبضه ثم باعه مرابحة عليها بربح مائة درهم فان المائة الربح يكون من نقد البلد لا من جنس الثمن ولو باعه مرابحة بربح ده يازده فان الربح يكون من النخبة لا من نقد البلد ثبت ان هذا اللفظ يقتضي ان يكون الربح من جنسه *

قوله وسوق الغنم بمنزلة الحمل لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف اجر الراعي لانه يستحق الاجر باعتبار الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى اي في المالية وبخلاف اجر التعليم فانه اذا انفق على عبده في تعليم عمل من الاعمال (د)

فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رح ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلابد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لولم يحط في التولية لايبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لولم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلايتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلوهلك قبل ان يرده او حدث فيه مايمنع الفسخ

دراهم لم يلحقها برأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية واجر تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالحاقه كان له ان يلحقه لان زيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وانكان لابد من التعليم الا ان التعلم آخر الامرين وجودا وانه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لاالى التعليم واجرة السمسار تضم انكانت مشروطة في العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة اكثر المشائخ على انها لاتضم ومنهم من قال تضم والباج الذي يوخذ في الطريق لايلحق برأس المال قال زفر رح ولوكان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالحاقه برأس المال يلحق به ايضا وفي المبسوط وفي الحاق شيء برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل بيده من قصارة او خياطة وما اشبه ذلك من الاعمال لايضمه الى رأس المال رجل اشترى دجاجة وقبضها فباضت عنده ثلثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم اراد ان يبيع الدجاجة مرابحة ان انفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات جاز لانه جعل ثمن البيضة عوضا عما انفق وان لم ينفق لايجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل ان يقدر ما اصاب من الزيادة اذا انفق من ماله لايلزمه بيان ذلك في بيع المرابحة كذا في المحيط * **قوله** فيكون وصفا مرغوبا فيه لوجود الامن عن الغبن **قوله** منه ومن الربح بيانه فيمن ابتاع ثوبا بعشرة مثلا على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله (من)

يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه * **قال** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره

من الربح وهو درهم فيا خذ الثوب باثني عشر درهما وكذا لو اشترى ثوبا بعشرة وقال اشتريته باثني عشر وباعه بربح درهم فعنده يحط درهمان من رأس المال وسدس درهم من الربح * **قوله** يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد رح وعن محمد رح ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلمه اليه بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف **قوله** منقطع الاحكام عن الاول لان الشفيع اذا اسلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة في العقد الثاني **قوله** كما اذا تخلل ثالث يعني اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول ثم اشترى منه البائع الاول **قوله** لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بان يجد المشتري بالثوب عيبا فيرده ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الربح وبالشرى ثانيا وقع الامن على البطلان فالمستفاد بالشراء الثاني الثوب وتاكد الربح الاول وللتاكيد شبه بالايجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم اكدت نصف المهر الذي كان (على)

قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك انكان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم

على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المرابحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة الا ترى انه لوكان على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبعه مرابحة على عشرة لان مبنى الصلح على الحط والمسامحة ولو وجد حقيقة الحط لم يبعه مرابحة على عشرة فكذا اذا وجد شبهته فصار في الفصل الاول كانه اشترى في العقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة وفي الفصل الثاني كانه اشتراه وعشرة بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولايقال على هذا ينبغي ان يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا لانا نقول ان الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن الثاني حقيقة وانما تثبت له شبهة المقابلة من حيث ان للتاكيد شبها بالايجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المرابحة ولا تكفي لافساد العقد لان المنع في بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا رضي به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما اذا وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه ممنوع في رواية عن ابيحنيفه رح ولوسلم فنقول بالبيع الثاني وانكان يتاكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وانه ايضا ليس معنى يزاد الثمن لاجله بخلاف ما اذا اشترى بثمن مؤجل ثم باعه مرابحة بثمن حال لانه معنى يزاد في الثمن لاجله وبخلاف ما اذا تخالل ثالث لان الربح تأكد بملك الثالث لابشرائه وبخلاف ما اذا اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف ثم اشتراه بعشرة له ان يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بماليس من جنس الوصيف ولايمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولامدخل لذلك في بيع المرابحة ولانه لايتمكن فيه شبهة الربوا *

قوله واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط برقبته وانما قيد بالدين (١)

لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول *

قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رح مع انه اشترى ماله بماله

المحيط برقبته لانه لولم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاه شيئا فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لانه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعري عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع ولكن فيه شبهة العدم ايضا فلا يبيعه المولى مرابحة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين محيط برقبته مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يجوز وعليه دين محيط بماله دون رقبته اولى فظهر انه انما قيد بقوله وعليه دين محيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاولى *

قوله لجوازه مع المنافي ذكر الامام قاضي خان رح في تعليل هذه المسئلة لان بيع المولى من عبده المأذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولى وان كان جائزا فله شبهة العدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى ان يمنع كسب العبد لنفسه ويقضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز ورد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول **قوله** في الفصل الاول وهو ما اذا باعه العبد من مولاه والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده **قوله** خلافا لزفر رح فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح (قوله)

لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا يرى انه
وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح * **قال** ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس
عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لايقابلها الثمن ولهذا الوفاتت قبل التسليم لايسقط شيء
من الثمن وكذا منافع البضع لايقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطيء وعن ابي يوسف رح
في الفصل الاول انه لايبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح فاما اذا فقأ عينها
بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء
من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها * ولو اشترى ثوبا

قوله لما فيه من استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال
عن ماله في التصرف فيه فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذكر الامام التمرتاشي
رح لو صار مال المضاربة جارية ليس لرب المال ان يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب
حق التصرف الا ترى ان رب المال لا يملك بيعها واحاله الى الايضاح **قوله** والانعقاد يتبع
الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل
عبده في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه
لفائدة استفادة ولاية التصرف **قوله** ففيه شبهة العدم لما قال زفر رح ان البيع تمليك المال بالمال
وانه معدوم ههنا **قوله** الا ترى انه وكيل عنه هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب
لما كان وكيلا عنه وجب ان لايجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه
فصار بيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فما درهمان
ونصف فحق المضارب ولا شبهة في اصل الثمن فلهذا يبيعه مرابحة على اثنى عشر ونصف
قوله وكذا منافع البضع لايقابلها الثمن فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء
اذا قصد اتلافه كان له قسط من الثمن ولهذا لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لايتمكن (من)

فاصابه فرض فار او حرق نار يبيعها مرابحة من غير بيان * ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه *

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة حالا ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد فى الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما فى العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة

من الرد وان كانت هي ثيبا وذلك باعتبار ان المستوفى من الوطئ بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشتري قلنا المانع من الرد بالعيب بعد الوطئ غير ما ذكرت وهو انه ان ردها مع العقر يلزم الفسخ في شيء لم يرد عليه العقد وهو العقر وان ردها بدون العقر يلزم سلامة وطئها عن العوض بخلاف الهبة فان وطئ الموهوب له لا يمنع رجوع الواهب لانه يجوز ان يسلم له وطئها بلا عوض كما سلم الجارية بلا عوض ولا يلزم على هذا سلامة خدمة الجارية للمشتري بعد الفسخ لان الخدمة شيء لا بد منها فلو كان استيفاء الخدمة يمنع الرد بالعيب لانسد باب الرد بالعيب ولا يجوز ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطئ وبيع المرابحة انما يمتنع جوازه من غير بيان اما بالخيانة فى الثمن او باحتباس شيء من المبيع * قوله فاصابه فرض فار فى الفوائد الظهيرية والفرض بفاء معجمة من فوقها بواحدة نص على هذا صدر الاسلام ابو اليسر رح قوله والمعنى ما بيناه اما في فرض فار فلما ذكر فى الاعور ان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن واما في حق تكسر الثوب بنشره فلما ذكر في فقأ العين انه صار مقصودا بالاتلاف قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن اي حقيقة اما شبهة المقابلة فثابتة ولهذا يزاد فى الثمن (لا)

لما ذكرناه وعن ابيوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسياتيک من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد ولكنه منجم معتاد فقيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال *

لاجل الاجل فاعتبرما لافي المرابحة حتى اشترط بيان الاجل احترازا عن شبهة الخيانة و لم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط فان لم يصبه عيب لكنه اصاب من غلة الدار والدابة والخادم شيئا فله ان يبيع المشتري مرابحة على ثمنه لان الغلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيأ من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنعه من بيعها مرابحة فكذا بدلها وهذا لانه انفق عليها بازاء ما نال من المنفعة واذا ولدت الجارية والسائمة او اثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان بغير فعل احد وبازائه ما يجبره وهو الولد ففي مثل هذا النقصان له ان يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان اولى فان استهلک المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب من ذلک لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلک جزءا من عينها لم يبعها مرابحة من غير بيان فكذلک اذا استهلک ما تولد من العين وكذلک البان الغنم واصوافها وسمونها اذا اصاب من ذلک شيئا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب ههنا لان ما اصاب في حكم جزء من عينها وعند الشافعي رحمه الله له ان يبيعها مرابحة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وان كان انفق عليها ما يساوي ذلک في علفها وما يصلحها فلا بأس بان يبيعها مرابحة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما انفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم *

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (قوله)

قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن * فان اعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية *

* فصـــل *

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك * ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابيحنيفة وابييوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد

قوله فلا يقبل الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصار التأخير الى آخر المجلس عفوا كتأخير القبول فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات وكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فصح على تقدير الابتداء فاما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد واسقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر ولانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد *

* فصـــل *

قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو ان النبي عليه السلام قال لعتاب ابن اسيد حين بعثه الى مكة اميرا صر الى اهل بيت الله تعالى وانههم عن اربع بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرط في بيع وعن بيع وسلف **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد على (١)

والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الاختلاف ولوسلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غيرنادر *

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة

اعتبار الهلاك لانه اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع ويعاد الى قديم ملك البائع فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبض يتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه وقبل القبض لا يدرى اتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه ام ينفسخ فيصير بائعا ملك غيره فلايصح فتمكن فيه غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه لايتمكن فيه هذا الغرر لانه متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك اوقبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعا ملكه لا ملك غيره بخلاف مانحن فيه *

قوله والحديث معلول به فان قيل هذا تعليل في موضع النص وهوما روي انه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض وانه عام قلنا الحديث دخله خصوص فبيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا فيخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على انه لم يتناول المتنازع اذلايتاتى فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فيكون المسئلة مبنية على الاختلاف في غصب العقار **قوله** والاجارة قيل على هذا الاختلاف اي لايجوز للمشتري ان يؤاجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد رح وعندهما يجوز والاصح ان الاجارة لاتصح اتفاقا وعليه الفتوى لان الاجارة تمليك المنافع والمنافع كالمنقول في احتمال الهلاك **قوله** ومن اشترى مكيلا مكايلة قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جازله التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذكر في الايضاح اذا قبض الكر وهو ثمن ثم باعه قبل الكيل جاز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكايلة او موازنة لانه اذا باع المكيل اوالموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع او بالاكل وغيرهما (قوله)

لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي ع م نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له لان الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

قوله لم يجز للمشتري منه اي للمشتري الثاني من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الاول وانما وضع المسئلة فيما اذا باعه المشتري الذي اكتاله ليشير به الى ان تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كيل مرة قبل شرائه او بعد شرائه بغيبته **قوله** حتى يعيد الكيل اي بعد شرائه ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى بائعه ولا يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح انه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري مرة يكفي به **قوله** وهو الشرط اي الشرط كيل البائع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان البيع يتناول ما يحويه الكيل او الوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه او لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا او وزنا من تمام القبض لان القدر معقود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن حصة ما نقص والقبض غير مغن لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة اذ البيع وقع على المشار اليه لا على مقدار بعينه وتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام (فا)

ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابيحنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على المشروط *

قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع *

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار

فاكتاله ثم باعه مجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري *

قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم وهو ما اذا اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه فانه لا يصح الا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل احدهما شراء المسلم اليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فيجتمع صفقتان **قوله** ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الاصل والزيادة واذا اوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع ان يمتنع من تسليم الزيادة **قوله** فلا يمكن اخراجه يعني لما قوبل كل الثمن بهذا المجموع فلو اخرج بقي بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن ان يجعل الباقي في مقابلة الكل لانتفاء العقد الجديد (قوله)

اوشرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لابنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بمابقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلايملكانه ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط

قوله اوشرطاه بعد العقد بان عقدا عقدا ثم شرطا الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم الى غيره فان قيل الالتحاق بطريق الاستناد وماهذا شانه يثبت ثم يستند وقد تعذر ههنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه قلنا ينفسخ العقد في حق تصحيح الزيادة **قوله** بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله اي لاصل العقد لانه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق باصل العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغييرا للعقد من وصف مشروع الى وصف غير مشروع **قوله** وعلى اعتبار الالتحاق جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله **قوله** ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع يعني الزيادة في الثمن وفي البقالي واما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهوليس بقائم وفي الايضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البائع للمشتري جارية اخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري للبائع لم يجز لان الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك ومن اصل محمد رح ان هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات اوقتل او وهب اوباع اوطحن اونسج اوتخمر او اسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بهما (قوله)

لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا *

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما يصير مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل *

قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لايصح لانه اعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لايملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التاجيل فيه كما فى الاعارة اذ لاجبر فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله اعلم *

قوله لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فان الهالك لا قيمة له فاخراج البدل عما يقابله ملايم له ولا كذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع **قوله** وقد ذكرناه اي وقد ذكرنا ان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وفي تأجيل الدين كما فى الحصاد والدياس بخلاف الجهالة فى البيع الى اجل مجهول حيث لايصح وان كانت الجهالة يسيرة **قوله** من قبل اي في آخر باب البيع الفاسد **قوله** صار مؤجلا لما ذكرنا وهو قوله لان الثمن حقه **قوله** الا القرض فان تأجيله لا يصح اي لا يلزم اي لمن اجل ابطاله كما فى العواري واعلم ان القرض مال يقطعه من امواله فيعطيه وما ثبت عليه دينا فليس بقرض والدين يشمل ما وجب في ذمته دينا بعقد او استهلاك وما صار دينا في ذمته باستقراضه فهو اعم من القرض وقال مالك رح التأجيل فى القرض لازم لانه صار دينا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون (باب)

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضـ ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان

---

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل اي حكم الربوا وهو الحرمة والربوا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا يربو على هذا اي يفضل قال الله تعالى وما آتيتم من ربوا ليربوا في اموال الناس فلا يربوا عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع عبارة عن فضل مال لايقابله عوض في معاوضة مال بمال وهو محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربوا وقد ذكر الله تعالى لآكل الربوا خمسا من العقوبات احدها التخبط والثاني المحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهاية حرمته لايقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان يمحق الله الربوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فاؤلئك اصحاب النار هم فيها خالدون *

قوله وهو اشمل اي القدر لانه يتناول الكيل والوزن والاصل فيه اي في كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على اربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم وانه معلول باجماع القائسين (خلا)

والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط

خلافا لاصحاب الظواهر لانهم لايرون القياس حجة فقصروا حكم الربوا على الاشياء الستة * **قوله** والجنسية شرط اى شرط لتعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان عنده الا عند وجود الجنسية ولا اثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لواسلم ثوبا هرويا في ثوب هروى جاز عنده لان العلة لاتعمل الاعند وجود شرطها لا ان الشرط يعمل شيئا من العمل عند عدم العلة **قوله** لانه نص على الشرطين اى الشارع نص على الشرطين التقابض والتماثل لانه قال يدا بيد مثلا بمثل اى قابضا يدا بيد ومماثلا بمماثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو بيعوا ورواية الرفع في هذا المعنى ايضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كما في قوله ان دخلت الدار راكبة فانت طالق **قوله** وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر اى جواز بيع هذه الاموال بشرطي التقابض والتماثل يشعر بان موجبهما وصف فى المحل ينبىء عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه متى يقيد طريق اصابته بشرط زائد يعظم خطره في اعين المتملكين كالعقد الوارد على الابضاع لماخص بشهود وولي دون سائر المعاملات دل على ان المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعلل بعلة تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم والثمنية **قوله** والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح اذ الاموال انما تبقى اموالا ما دامت لها اثمان لان ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء الانفس بوصف انها ما كولة او وسيلة اليه **قوله** ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطا لا علة **قوله** والحكم قد يدور مع الشرط جواب شبهة ترد على قول الشافعي رح وهي ان حكم (الربوا)

ولنا انه اوجب المماثلة شرطا فى البيع وهوالمقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى

الربوا كمايدور مع الطعم والثمنية على اصلك فكذا يدور مع الجنسية فلم جعلت الطعم والثمنية علة دون الجنسية فاجاب بانه لا اثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قد يدور مع الشرط كمايدور مع العلة كالرجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتاثير وعدمه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام عند بيان حكم الربوا ذكر الاثمان وانفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبر افضل طعام بني آدم والشعير انفس علف الدواب والتمر انفس الفواكه والملح انفس التوابل ليشعر بان العلة هي الطعم ولوكان القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكرارا محضا اذ صفة القدر لا يختلف في هذه الاربعة ولهذا قال مالك رح ان العلة الاقتيات والادخار لانه خص بالذكر كل مقتيات ومدخر *

قوله ولنا انه اوجب المماثلة اى الشارع اوجب المماثلة شرطا فى البيع وهوالمقصود بسوق الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل والباء للالصاق فدل على اضمار فعل وذا بيعوا لقوله عليه الصلوة والسلام بعده فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم فذكره عند الاختلاف دليل على انه المضمر عند الاتفاق وقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواء اذ النهي عن الشيء امر بضده وقوله مثلا بمثل حال لما سبق والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر للايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال التي هي شرط اي بيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد فى النكاح **قوله** تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل لان البيع مبادلة المال بالمال وذا بالتماثل في متحد الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوض مماثله اذ لوفضل احد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون استحقاقا لذلك القدر بلاعوض وقضية المعاوضة خلافه **قوله** او صيانة لاموال الناس عن التوى اذ شرط الفضل متو للمال لانه يستحقه بلا منة وعوض والبيع شرع لتحصيله لا لاتوائه فيكون شرطا غير ملايم للبيع فيبطل (قوله)

او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

قوله او تتميما للفائدة اي لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فان فائدة البيع حصول الملك في المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتمامه بملك التصرف وذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك في وجوب المماثلة لان وجوب المماثلة يقتضي كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض يتم الفائدة فقلنا بوجوب المماثلة تتميما للفائدة وفي الكافي للعلامة النسفي وتتميما الفائدة التبايع بوجود التقابض اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف اذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والآخر يمتنع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان في التنازع وهو فساد وما يفضي الى الفساد فهو فاسد نعم قد رضي به لكن ربما يندم لان طبعه لاينقاد ظاهرا لكونه مجبولا على حب المال والمغبون غير ماجور ومحمود فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم وفي النهاية للعلامة السغناقي رح او تتميما للفائدة باتصال التسليم بالتماثل يعني في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المماثلة فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل اي بعد كون كل واحد منهما مثلا للآخر يجب ان يتصل التسليم بالتماثل حتى يتم فائدة العقد ويحتمل ان يكون معناه عاما في الاموال كلها اي لولم يكن كل واحد منهما مماثلا للآخر لا يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين ضررا في حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة وهي ثبوت الملك اتم بعد القبض لانه يكون نفعا في حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان احدهما انقص من الآخر **قوله** ثم يلزم عند فوته اي فوت الشرط وهي المماثلة التي هي شرط الجواز حرمة الربوا لقوله عليه السلام والفضل ربوا والفضل اسم لكل زيادة والربوا اسم لزيادة هي حرام واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والثمنية لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها * (قوله)

ما

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا اولان في اعتباره سد باب البياعات اولقوله ع م جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن * وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا * ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف * ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم

قوله والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود بصورته ومعناه فانما يقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله ع م جيدها ورديها سواء وللاجماع فان بيع قفيز جيد بقفيز ردي وفلس لا يجوز ولان ما لا ينتفع به الا بهلاكه فمنفعته في ذاته فيهدر الوصف اذ المقصود هي المنفعة وهي في الذات بخلاف ما ينتفع به بغير اهلاكه لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا لقلته ولان في اعتباره سد باب البيع وهو مفتوح فما يؤدي الى انسداده فهو مردود **قوله** والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة بابلغ الوجوه لشدة الحاجة اليها دون التضييق كالهواء والماء والنار اذ الحاجة تؤثر في الاباحة كالميتة تحل عند الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح (تناول)

وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية *

قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء

تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بما له اثر في الاطلاق لا في الحرمة فاسد لافضائه الى فساد الوضع وسياق النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر للكل حكما واحدا فلا بد ان يكون علة الحكم متحدة اذ الحكم المشترك لابد له من علة مشتركة وذا فيما ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعني بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيت به انه علة الربوا فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل والموزون بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة وان عنيت به انه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه قلنا هما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد اشرت الى ذلك لاني بينت ان الحديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لفوات حكم الامر وما يوجب احد الضدين يقتضي نفي الضد الآخر اذا كان مفوتا له كالامر بالامساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب والوقاع لان الضد منوت للمامور به فثبت ان القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى قولنا علة الربوا القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربوا او علة كون المال ربويا او علة حرمة الفضل واذا ثبت ان العلة القدر والجنس تعدى الى سائر المقدرات سواء كان مطعوما اولا *

قوله وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة هذا اذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع واما اذا كان احد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر يبلغ حد نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما بالاخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لو باع حفنة بقفيز لا يجوز **قوله** والمعنى المضموم اليه اي الكيل او الوزن (قوله)

لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجداحرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجداحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هروياً في هروي اوحنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة

قوله لعدم العلة اي حل التفاضل لدليل الحل وهوقوله تعالى واحل الله البيع وعدم علة الحرمة لا ان يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لان العدم لا يثبت شيئا لانه ليس بثابت في نفسه **قوله** وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النسا وهذا راجع الى اصل وهو ان الجنس عندنا احد وصفي العلة لتحريم الربوا في النقد فيكون علة لتحريم ربوا النساء وعند الخصم الجنسية شرط والشرط لا اثر له في اثبات الحكم **قوله** وحقيقة الفضل فيه غير مانع حتى يجوز بيع ثوب هروي بثوبين هرويين فاولى ان لا يمنع شبهته ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى احد الوصفين لوجود المسوي بينهما من وجه اما ذاتا بالقدر او معنى بالجنس النقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الربوا وهي كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا لان كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلية فيثبت بشبهة العلية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته الاترى انه لو اسلم قفيز بر في قفيز شعير لا يصح اجماعا ولا يقال انه بعض العلة وببعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وانكان بعض العلة لحرمة ربوا الفضل وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص وما اشبه ذلك يجوز عنده وعندنا لا والشافعي رح ينكر حرمة النساء فانه يقول التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد فينعدم الجواز لانعدام التقابض لا لكونه نساء وهذا خرق لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح (قوله)

الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة *

قال وكل شيء نص رسول الله عم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا (وان ترك الناس الوزن فيه) مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس

قوله الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران استثناء من قوله واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء **قوله** ونحوه كسائر الموزونات **قوله** فاذا اختلفا فيه صورة اي في صورة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات ومعنى فان الزعفران مثمن متعين والنقود ثمن لا يتعين وحكما فان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران واشباهه اذا باعه موازنة لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن **قوله** لم يجمعهما القدر من كل وجه فيتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهذا لانهما اذا اتفقا في الوزن من كل وجه كما لو اسلم الحديد في القطن حرم النساء لشبهة الربوا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي الذخيرة وربوا النساء يحرم باحد وصفي علة الربوا وهو الجنس او الوزن او الكيل مثمنين او ثمنين حتى انه اذا اسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز لوجود الكيل في مثمنين وكذا اذا اسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين واذا اسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثمنين واذا اسلم الدراهم في الزعفران يجوز لانه لم يوجد الوزن في مثمنين او ثمنين انما وجد في ثمن ومثمن **قوله** لان النص اقوى من العرف لان العرف يحتمل (ان)

لانها دالة وعن ابييوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على
ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذ الو باع الحنطة بجنسها متساويا
وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لايجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار
فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم *

قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي

ان يكون على الباطل واما النص بعد ثبوته فلا يحتمل ان يكون على الباطل ولان العرف
حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به واما النص فحجة على الكل *
قوله لانها دالة اي العادة يرجع اليها لانها مبنية على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى
كالنص ولهذا قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** لان النص
على ذلك لمكان العادة اي لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت
انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها **قوله** وقد تبدلت والجواب عنه ان تقرير
رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لانه
لايعارض النص **قوله** لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب
لان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم **قوله** الا انه يجوز الاسلام في الحنطة
وزنا وهو رواية الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله لان المماثلة لا يشترط في المسلم فيه وانما يعتبر
الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر
الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة
الناس **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح لغة نصف منا وعن
الاصمعي هو الذي يوزن به او يكال به وقال ابو عبيد وزنه مائة دراهم وثمانية وعشرون درهما
وزن سبعة معناه ما يباع بالاواقي كالادهان ونحوها والاوقية بالتشديد اربعون درهما وهي افعولة
من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضرر وقيل فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقي (با)

لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكائيل فاذا كان موزونا لو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة *

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله ع م الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى *

قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام له قوله ع م في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به

بالتشديد والتخفيف وعند الاطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا استار وفي كتاب العين الوقية وزن من اوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة في عدة احاديث وقيه ثم تحرف الى وقية قال الازهري واللغة الجيدة اوقية كذا في المغرب ثم قال وكانهم جعلوا الخاص عاما في مكائيل الدهن فقيل اوقية عشرية واوقية ربعية واوقية نصفية ومنها قوله في فتاوى ابي الليث رحمه الله ما يجمع الدهان من دهن يقطر من الاوقية هل يطيب له ام لا وعن ابي حنيفة رحمه الله ما رأينا قاضيا يكيل البول في الاواقي *

قوله لانها قدرت بطريق الوزن لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواقي لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكائيل **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان اي في الطرفين هذا تعريفه وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء بوزن هاع اي خذ اي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء اي يقول كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** وما سواه اي ما سوى الصرف من العقود الواردة على الاموال الربوية **قوله** خلافا للشافعي رح في بيع الطعام وذكر لفظ الطعام مطلقا يتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس او اتحد بان باع كر حنطة بكر حنطة (او)

ومعني قوله ع م يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل *

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر *

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابيحنيفة رح وابيبوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين

او بكر شعيرا وتمر وافترقا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد اي قبضا بقبض وانما كني باليد عن القبض لان اليد آلة القبض ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب اي كما لو باع ثوبا بثوب او بثوبين وافترقا لا عن قبض فان قيل اذا باع اناء فضة باناء فضة او باناء ذهب يشترط فيهما التقابض مع ان اناء الفضة والذهب مما يتعين بالتعيين قلنا ان الذهب والفضة خلقا ثمنين والتعين بالصنعة عارض فبقي شبهة عدم التعين نظرا الى الاصل فيشترط القبض اعتبارا للشبهة في الربوا بخلاف الطعام فانه ما خلق للثمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين *

قوله ومعني قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين اذ اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض فلم كان حمله على القبض اولي بل حمله على هذا احق لما روي عبادة بن الصامت عينا بعين فان قيل بعين هذا اللفظ اريد القبض في الصرف حتي لو افترقا قبل القبض بطل الصرف فكيف يجوز ان يراد به التعين في بيع الطعام قلنا بل اريد التعين فيهما الا ان التعين في الصرف لا يكون الا بالقبض فاشتراط القبض للتعيين لا لعينه فلم يختلف المراد **قوله** وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس (يتعاقب)

ولايعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغيراعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء *

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وانكان كيلا بكيل *

يتعاقب القبض يعني ان التجار لايفصلون في المالية من المقبوض في المجلس وغيرالمقبوض بعد ان يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه اوبغير جنسه *

قوله ولايعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد جواب اشكال وهوان يقال اذ اخرج في حقهما عن ان يكون ثمنا فيعود وزنيا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لايجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما في هذه المبايعة اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا عن اعتبار صفة العد وليس من ضرورة خروجها من ان يكون ثمنا في حقهما خروجها من ان يكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة الكالئ من كلأ الدين تأخر كلأ فهو كالئ ومعنى الكالئ بالكالئ النسيئة بالنسيئة **قوله** ولايجوز بيع الحنطة بالدقيق اي لامتساويا ولا متفاضلا بالكيل ولا بغيره **قوله** لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة لان بالطحن لم يوجد الا تفرق الاجزاء والشيء بالتفرق لايصير شيئا آخر فكانت المجانسة باقية من هذا الوجه ومن حيث ان اختلاف المجانسة بين الشيئين انما يثبت باختلاف الاسم والصورة والمعنى وقد تحقق ذلك بالطحن وكانت حرمة الفضل ثابتة قبل الطحن وقد بقيت المجانسة من وجه فلا يزول تلك الحرمة بالشك فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق ولم يوجد لان الكيل لايسوي (بينهما)

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط * وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابيحنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة وكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل حبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل فان قيل الحرمة في الربوا حرمة موقتة الى غاية وجود المساواة فلو يثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي ابدا فيكان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله عليه السلام لا تبيعوا البر بالبر الا متساويا وهذا فرع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل والا يلزم ان يكون مثل ظهار الذمي وذلك لا يجوز لهذا المعنى على ما عرف قلنا الحرمة المتناهية في الربوا هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير موقتة الا ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي بالمسوي بل تبقى الى ان يبقى النساء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم امكان المساواة ويجوز بيع الدقيق بالدقيق وعند الشافعي رح لا يجوز لانه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل اذ هو ينكبس ولهذا لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء عنده وكذا بيع الرطب بالرطب عنده قلنا المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهر واما بيان الاتفاق في القدر فان الدقيق كيلي فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا اجاز السلم كيلا ويجوز بيعه في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة *

قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح الى قوله لقيام المجانسة من وجه اذ السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع اجزائهما بل هذا احق لتوفر المجانسة هنا وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان (لا)

قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة *

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط

لاختلاف المقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والاطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن او بالعسل فيوكل كذلك او يشرب بالماء وعن ابي يوسف رح انه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بان يرش عليه الماء ثم يغلى فيصير سويقا بعد ان يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المآل *

قوله قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة وذا لا يوجب اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق الا ان بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الاصح لعدم المسوي بينهما فان المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي اذا قليت رطبة او ضمور اذا قليت يابسة وهذا التفاوت معتبر لانه بصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة لانه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوي بينهما حنطة علكة اي يتلزج كالعلك من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام وفي الذخيرة واما بيع المقلية بالمقلية فيجوز اذا تساويا كيلا لان المجانسة بينهما قائمة من كل وجه وذكر في المبسوط انه لا يجوز كذا في النهاية **قوله** بلحم من جنسه بان باع لحم الشاة بالشاة الحية وانما قيد بلحم من جنسه لانهما لو كانا مختلفين بان باع لحم البقر بالشاة وما اشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجيء هذا اذا كانت الشاة حية اما اذا كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز (الا)

اومن حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لايوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير * **قال** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لايجوز لقوله ع م حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال ع م لا اذاً وله ان الرطب تمر لقوله ع م حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا

الا على سبيل الاعتبار بالاتفاق وان كانت مسلوخة مفصولة عن السقط جاز اذا تساويا وزنا والا فلا وسقط المتاع رذاله واراد به هنا ما لايطلق عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال * **قوله** من حيث زيادة السقط بان قوبل اللحم باللحم اومن حيث زيادة اللحم بان قوبل اللحم بالسقط **قوله** وصار كالحل بالسمسم اي كبيع دهن السمسم بالسمسم فانه لايصح الا بطريق الاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة ابين من الدهن في السمسم لانه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربوا بين الدهن والسمسم لان يثبت هنا اولى **قوله** لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل اخرى لاسترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصله اثقل من الحي والنساء لاسترخائهن اثقل من الرجال لصلابتهم **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي بيع الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير فيكون حينئذ بيع الموزون بموزون من جنسه فلا يجوز الا مع التساوي وذلك مجهول والنهي عن بيع اللحم بالحيوان فيما اذا كان احدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به في رواية وبه نقول **قوله** لا اذاً اي لايجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لايجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله)

ولانه لوكان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله ع م اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ماروياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة *

قال وكذا العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه

قوله ولانه لوكان تمرا الى آخره فان قيل فبالنظر الى هذا الترديد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا تخلوا ما انكانت حنطة اولم تكن فانكانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وانلم تكن حنطة يجوز ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم اما الجواب لابيحنيفة رح عن قوله اوينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر في المبسوط ودخل ابوحنيفة رح بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر فقال الرطب لا يخلوا اما ان يكون تمرا ولم يكن فانكان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش و زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رح كيف يقال ابوحنيفة رح لايعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا الجواز ان يكون ههنا قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابيحنيفة رح الاستدلال بقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل والتمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالآدمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد فان قيل لوكان الرطب تمرا ينبغي ان يحنث فيما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل تمرا قلنا مبنى الايمان على العرف وفي العرف الرطب (غير)

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وهكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما

غير التمر وتاويل الحديث ان صح ان السائل كان وصيا ليتيم فلم ير رسول الله عليه السلام في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح انه سئل عن بيع الرطب بالتمر نساء كذا روى ابوداؤد في سننه وبه نقول *

قوله وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه السلام اوكل تمر خيبر هكذا ولم يرد باطلاق اسم الزبيب على العنب **قوله** لما رويناه لهما وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال وجب ان لا يصح بيع المبلولة بالرطبة ولا باليابسة كالمقلية بغير المقلية لان الحنطة في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربوا على هذه الصفة فاذا بلت بالماء عادت الى تلك الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة في المعيار الشرعي جاز العقد واما الحنطة لم تخلق مقلية حتى يكون هذا اعادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الائمة الحلوائي رحمه الله ان الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله ان بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا ابتلت الحنطة وانتفخت اما اذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا كذا في المحيط والذخيرة *

(قوله)

ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له

قوله ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وهي بيع الحنطة الرطبة او المبلولة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب ان التفاوت في هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر وفي بيع الرطب بالتمر مع بقاء احدهما وكان هذا تفاوتا في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد **قوله** فان هذا الاسم اي اسم التمر له من اول ما ينعقد صورته لا قبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفرى وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل لانه يستر ما في جوفه **قوله** والكفرى عددي متفاوت هذا جواب عما يقال الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفرى اذا جعل التمر رأس المال فاجاب ان الكفرى عددي متفاوت فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت اي بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفي المغرب الزيتون من العصارة ويقال لثمرة الزيتون ايضا ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير والنبيذ قبل ان يتغير شيرج ايضا وهو تعريب شيره (قوله)

فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع

قوله فالثجير وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان اكثر وقوله او الثجير وحده الى قوله او مساويا له فان قيل ينبغي ان يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي قلنا المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه فيكون حينئذ بيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمسم مقصود او ثجيره ايضا مقصود حتى جعل بمقابلته شيء من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف الجنس كما في مسئلة الاكرار وهي بيع كرحنطة وكرشعير بثلثة اكرار حنطة وكرشعير قلنا اذاک الصرف الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل خلقة كما في مسئلة الاكرار لانه لما كان منفصلا خلقة امكن اعتباره منفصلا في حق الصرف الى خلاف الجنس ايضا وفي المبسوط والاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشيئين يكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن اخرى وفيما اذا وجدت المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع تفيز حنطة علكة بقفيز حنطة قد اكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة وانكان ذلک شئيا آخر حكما حتى ان الغاصب اذا غصب حنطة وطحنها يصير ملكا له ثم لا مجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن **قوله** والشبهة فيه كالحقيقة ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود الدر والنسل والاسامة وانما يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا كما في الزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج الاترى ان اللحم في الحيوان وانكان موجودا حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو اخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها عرفنا ان مقصود اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله **قوله** على هذا الاعتبار يعني ينبغي ان يكون المفرز (في)

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي * **قال** وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رح انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لايكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤهما اذا لم تتبدل بالصنعة * **قال** وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد * **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا * **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا

في هذه الاشياء اكثر مما في هذه الاشياء والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لايصح الا بطريق الاعتبار لان في القطن غزلا لكنه دقيق جدا والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان اي سواء كان القطن اكثر مما في الكرباس من القطن او اقل او مساويا بالاجماع *
قوله وكذا البان البقر والغنم معطوف على قوله ويجوز بيع اللحمان المختلفة **قوله** وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود وهو التغذي والتقوي والاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف **قوله** اذا لم تتبدل بالصنعة معناه ان للاجزاء حكم الاصول مالم تتغير بالصنعة كما في الدهن مع السمسم والعصير مع العنب واذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الحنطة والكرباس مع القطن والدبس مع العنب يجوز البيع كيف ما كان وقيل معناه ان اختلاف جنس الاصول دليل اختلاف جنس الفروع الا ترى انه لا اتحاد في المقصود فان مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض وقد يضره البعض وينفعه البعض حتى ان ما يكون اصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالبقر مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا ابدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبن لايجوز بيعه متفاضلا وفي مسئلتنا لم تتبدل بالصنعة فيكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصوف (١)

لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابيحنيفة رح انه لاخير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابيوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح ولاخير في استقراضه عددا او وزنا عند ابيحنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور

الغنم جنسان فان قيل يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما فى حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن واللبود واللفافة انما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين وحصل من هذا ان ما يوجب اختلاف الجنس فى الشيء ثلثة احدها اختلاف الاصول كالبان البقر والغنم وكذا لحومهما والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الاصل كالوذاري والزندنجي والخبز مع الدقيق وذكر فى المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذكر فى الذخيرة لو باع قمقمة من حديدا وصفرا ونحاس بقمقمتين من جنسها يجوز يدا بيد لان الناس تركوا وزنها مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على الوزن وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة تاثيرا في تغير الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف الضأن * **قوله** لان الخبز صار عدديا اي عند محمد رح او موزونا اي عند ابيوسف رح **قوله** ولاخير فيه اي لايجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فتعم نفي جميع الخيرية وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح احترز به عما روي عن ابيحنيفة رح انه لايجوز وفى المبسوط واما السلم فى الخبز فلا يجوز عند ابيحنيفة رح ولايحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما (على)

والتقدم والتاخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده * **قال** ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابيحنيفة رح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه * **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رح لهما الاعتبار بالمستامن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

على قياس السلم باللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عن ابيحنيفة رح انه قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم بهذه العلة اعتبر ابوحنيفة رح الاستقراض فيه لان السلم اوسع بابا من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم في الخبز بهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض اولى وابو يوسف رح يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وفي الذخيرة ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده رح لا يجوز السلم في الخبز عند ابيحنيفة ومحمد رح لا وزنا ولا عددا وعلى قول ابييوسف رح انه يجوز وزنا واختار المشائخ للفتوى قول ابييوسف رح اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه وقت القبض *

قوله والتقدم والتأخر يعني في اول التنور وفي آخره **قوله** هذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين لانه ح لا يتحقق البيع فلا يتصور الربوا **قوله** لهما الاعتبار بالمستأمن اي يتحقق الربوا بين المسلم والمستأمن في دارنا فكذا في دارهم والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع والجواب ماذكره في الكتاب (قوله)

* باب الحقوق *

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هوله اوبمرافقه اوبكل قليل وكثيرهوله فيه اومنه ومن اشترى بيتافوقه بيت بكل حق هوله لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارابحدودهافله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدارفاسم الدارينتظم العلو لانه اسم لماديرعليه الحدود والعلومن توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لمايبات فيه والعلومثله والشيء لايكون تبعالمثله فلايدخل فيه الابالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذلايكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالداريدخل العلو فيه تبعا

* باب الحقوق *

قوله ومن اشترى منزلافوقه منزل المنزل اسم لمايشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجال بعياله والبيت اسم لمسقف واحدله دهليز والداراسم لمايشتمل على بيوت ومنازل وصحن غيرمسقف فكانت الداراعم من اختيها لاشتمالها عليهما فاستتبعت العلوذكرالحقوق اولا والبيت اسم لمايبات فيه والعلومثله بلاتفاوت فلايدخل الابالتنصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلوفيه تبعا بذكرالتوابع عملا لشبهه بالدار ولايدخل بدونه عملا لشبهه بالبيت **قوله** بكل حق هوله اي للمنزل من الطريق والمسيل اوبمرافقه وبكل قليل وكثيرهوفيه نحوالميزاب اومنه كالكنيف ونحوه اي يدخل الاعلى بواحد من هذه الالفاظ الثلثة **قوله** والشيء لايكون تبعالمثله فان قيل يشكل على هذا المستعيرفان له ان يعيرفيما لايختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب قلنا المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحدبان يكون اللفظ موضوعا لشيء فعندذكرالشيء ان يدخل هو ومثله فانه لايصح بل ماكان تبعالذلك الشيء يدخل تبعا للمذكورالذي وضع له اللفظ مقصودا واما في الاعارة والمكاتب لم يتبع للفظ ماهومثله ايضا ولكن لما اعار رجل فقد ملكه المنافع وولاية الاعارة للمستعير انما نشأت من تملكه المنافع كالمالك الا انه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل (بخلاف)

عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لايدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولايخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولاتدخل الظلة الابذكر ماذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف **قال** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هوله او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

بخلاف المالك لان المستعار امانة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذارا وقوع التغير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو احق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عسى *

قوله عند ذكر التوابع وهو قوله بكل حق او امثاله **قوله** وقيل في عرفنا العلو يدخل في جميع ذلك قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانه يسمى سراي **قوله** ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هوله والظلة هي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحها في الدار وذكر في المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب **قوله** لم يكن له الطريق يعني الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء او حق القاء الثلج في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول (قوله)

بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم *

قوله بخلاف الاجارة فان هذه الاشياء تدخل فيها وان لم يذكر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب فيدخل ضرورة تصحيح العقد فاما البيع فانه موضوع لملك العين لا الانتفاع بنوع معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به في الحال كالمهر الصغير والجحش والارض السبخة ولا يجوز اجارتها وفي الفوائد فرق بين الاجارة وبين القسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه في ما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما في الاجارة والفرق ان في الاجارة موضع الشرب ليس مما يتناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستاجر والآجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما فاما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر يتضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع اذا ذكر الحقوق وان امكنه ان يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماءه فيه وفي القسمة لا يدخل والفرق ان المقصود بالقسمة تمييز احد الملكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا يشركه الآخر فيه فلا يصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند التعذر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا (قوله)

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقربها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة

باب الاستحقاق

قوله ان البينة حجة مطلقة حتى تظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فحجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لابد له من زمان ومن سبب وفي الازمان والاسباب تزاحم والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا يزاحمه زمان آخر فكان تعيين ذلك الزمان اولى والنتاج ايضا سبب لا يزاحمه سبب آخر فكان تعيينه سببا اولى ولهذا قلنا الوادعى ملكا مطلقا ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل الاول ادعى ماهو انقص وفي الفصل الثاني ادعى ماهو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب ان لا يترجح بينة النتاج على بينة الملك المطلق لان ثبوت الملك من الاصل في النتاج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض الثابت قطعا ولا يقال بان ماذكرتم من تعارض الازمان والاسباب موجود في الاقرار ولا يقضي بالملك فيه من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تمليك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهر يده وانه يملك انشاء سبب الملك لغيره فمن حيث انه اخبار انكان يوجب ثبوته في الولد كما في البينة فمن حيث انه تمليك لا يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشك فاما الشهادة فاخبار من كل وجه والشاهدان لا يملكان التمليك من المشهود له فاعتبر اخبارا من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الاصل (قوله)

يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلايكون الولد له ثم قيل يدخل الولد بالقضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد فى الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا *

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لايدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع فى الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له فى الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه

قوله يثبت الملك فى المخبر به وهو كون الامة ملكا له ثم قيل يدخل الولد فى القضاء بالام تبعا اي في فصل البينة وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء اصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رحمه الله فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد فى الحكم وكذا الولد اذا كان فى يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا **قوله** ومن اشترى عبدا اي شخصا على ظن انه عبد وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد انما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع اني عبد ولم يأمره بالشراء او قال اشترني ولم يقل اني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعا **قوله** على كل حال اي كان الراهن حاضرا او غائبا **قوله** لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة اي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة وذكر شمس الائمة رحمه الله فى الجامع الصغير قول محمد رح مع قول ابي يوسف رحمه الله (قوله)

والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لايعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قداذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع

قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة على ما هو موجبه اي موجب البيع فانه يقتضي سلامته بازاء سلامته فيجعل العبد بالامر ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع لملك الحبس من غير عوض ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة **قوله** حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه هذا استدلال بجواز الرهن على ان الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن وانه حرام فلم يكن هذا غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن المخبر بشيء لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فانه لايبالي باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهرا فلا يتحقق الغرور **قوله** لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود يفتقرون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم (فرجها)

لخفاء العلوق وان كان الوضع فى الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة *

قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الاذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي *

قال وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل * ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والله اعلم بالصواب *

فرجها على من يدعي انها ملكه وكذا بناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى كما في عتق الامة حتى لو خلت عن تحريم الفرج كولد المغرور وهو حر الاصل ولا يتضمن حرمة فرج الام لكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانعا * **قوله** لخفاء العلوق فانه قد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم حرية ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحريتهما فيه فيدعي الحرية والتناقض فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى **قوله** كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وانما قيد بالثلث لان فيما دون الثلث يمكن ان يقيم الزوج البينة انه تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما فى الثلث فلا يمكن **قوله** ومن ادعى حقا الى آخره وهذه المسئلة تدل على ان الصلح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة فى الساقط لا تفضي الى النزاع وعلى ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق فى الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعي ولو اقام البينة عليه لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ يصح الدعوى وتقبل البينة (فصل)

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية .

فصل في بيع الفضولي

في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم يصر الى واحده في النسبة كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطاء الاصل ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن لها مجيز حالة العقد لا يتوقف وتقع باطلة والشرى لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه يتوقف وقال الشافعي رح لا يتوقف عقد بيانه ان الصبي المحجور عليه اذا باع ماله او اشترى شيئا او تزوج امرأة او زوج امة او كاتب عبده او عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل ان يجيزه الولي فاجازه بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البلوغ من غير اجازة بعده ولو ان الصبي طلق امرأته خلعها او اعتق عبده على مال او بغير مال او وهب ماله او تصدق وزوج عبده امرأة او باع ماله بمحاباة فاحشة او اشترى شيئا باكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله او غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه فهذه العقود كلها باطلة لا تتوقف وان اجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا مجيز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة **قوله** لانها بالملك او باذن المالك اي لان الولاية الشرعية **قوله** ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية والقدرة اما بالملك او بالاذن

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن

قوله ولنا انه تصرف تمليك هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص اي تصرف وهو تمليك وانما قيد بالتمليك احترازا عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعتاق فان الصبي اذا طلق امرأته اواعتق عبده على مال اوبغير مال لايتوقف على اجازة الولي ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله اواشترى شيئا اوتزوج امرأة اوتزوج امة فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة الولي او اجازة نفسه بعد البلوغ اما اذا اصدر تصرف اسقاط من الفضولي بان طلق امرأة انسان او اعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له مجيزا حال وقوعه وقد صدر من اهله في محله اما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعا بالخطاب واما بيان المحلية فان البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه لو باعه باذن المالک يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالک بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا او غير مالک فان قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية احكامها واشتراط الملک في المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالک فاذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه قلنا الجواب عن هذا السوال بطريقين احدهما لانسلم ان الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملک موقوف كما يثبت بالسبب البات الملک البات ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالک البيع نفذ عتقه وهذا لانه لاضرر على المالک في اثبات ملک موقوف بهذا السبب كما لاضرر عليه في انعقاد السبب فاما الضرر ففي زوال ملكه وبالملک الموقوف لا يزول ملكه الثابت والثاني ان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب (وتارة)

وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع * **قال** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة

وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار والعلة لا تبطل بتأخر حكمها المانع فان اصل البيع صحيح من المالك والحكم متاخر على اصل الشافعي رح الى ان يتفرقا لانه تأخر لمانع وهو الخيار وكذلك الراهنان اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذلك الطلاق الى شهر سبب للايقاع صحيح والحكم متأخر وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم والوجوب متأخر في حق المسافر والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فانه لا ينعقد وان كان هو اهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والمحل موجود وهو المنكوحة لانا نقول ان الشرع الحق الصبي بالذي لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلوة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة لان اللزوم ضرر في نفسه فالتحق شرعا بالبهيمة والطلاق اضرار لانه ابطال ما شرع مصلحة كالهبة فلا يبقى اهلا للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق اهلا لوجوب حقوق الله تعالى * **قوله** وغيره وهو حقوق العبد فانها لا ترجع الى المالك **قوله** وفيه نفع المشتري لانه اقدم عليه طائعا ولو لم يكن فيه نفع لما اقدم عليه **قوله** كيف وان الاذن ثابت دلالة اي في حق الانعقاد لان النفع فيه **قوله** بمنزلة الوكالة السابقة من حيث ان كل واحدة منهما يثبت الحكم او من حيث ان كل واحدة منهما رافعة للمانع فان قيل لانسلم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة الا ترى ان الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره ثم اجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي قلنا الملك الموقوف (اذا)

وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق من نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث

اذا طرأ عليه الملك البات ابطل الموقوف وهنا ملك المشتري من الفضولي يكون باتا باجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي *

قوله وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولي فى النكاح اي للفضولي فى البيع الفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه وليس للفضولي فى النكاح ذلك يريد به انه ليس له الفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها فقبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول **قوله** لانه معبر محض حيث لا يرجع الحقوق اليه فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي **قوله** ثم الاجازة اجازة نقد اي اجازة ان ينقد الثمن من ماله **قوله** لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له اي اذا وجد نفاذا واما لو لم يجد نفاذا على العاقد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشتريا لغيرهما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه واما اذا اضاف العقد الى الذي اشتراه له نحو ان يقول للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال الآخر بعت وقبل المشتري هذا البيع منه لاجل فلان او يقول البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل الآخر لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل واما اذا قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان وقال المشتري اشتريت نفذ الشراء على نفسه ولا يتوقف وتحقيقه ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي بائعا مال الغير به مشتريا للعرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه بالتزامه (بخلاف)

في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابويوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك *

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال ع م لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لئلا يتضرر الغير به فاذا اجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزا نقدا ما ملكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح في ضمن الشراء وان كان لا يصح قصدا الا انه يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشروطه والشراء مشروع فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع عليه المالك بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء احق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل *

قوله في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا وعرضا **قوله** فلا يجوز باجازة غيره فان قيل يشكل بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث اذ لم يحل له وطئها قلنا الامة تصرفت باهليتها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح من خواصها وانما يوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر المالك والوارث مالك كالمورث ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف **قوله** لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو بقاء المبيع فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح لان الاصل في كل موجود بقاؤه ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن بالمزيل فكان باقيا عملا بالاصل قلنا ذاك عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لا للاثبات وهنا يحتاج الى نفاذ البيع وثبوت الملك (في)

والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه

في المعقود عليه لمن وقع له الشرى فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظير استحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفيع بما في يده عند انكار المشتري ملكه حيث لا يكتفى به *

قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق الا ترى انه لو اعتق المكاتب يصح والملك في المكاتب ناقص بدليل حرمة وطىء المكاتبة بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكاتب على العكس قلنا نعم كذلك الا ان الكتابة ينفسخ في ضمن الاعتاق لما ان عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانه لما رضي بالاعتاق بالبدل كان ارضى للاعتاق بدون البدل **قوله** ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان يعني ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند اداء الضمان فاولى ان لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه **قوله** وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه اي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمكاتب والماذون يملكان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فينبغي ان لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة ايضا **قوله** بتصرف مطلق احتراز عن البيع بشرط الخيار موضوع لافادة الملك احتراز عن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لافادة الملك (قوله)

فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله

قوله فصار كاعتاق المشتري من الراهن والجامع اعتاق في بيع موقوف **قوله** لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عند اداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب فى الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له بل هو بعرض ان يصير سببا عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف مالوكان فى البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلافكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا للمشتري فيلغو وهنا البيع مطلق والاصل فى الاسباب المطلقة ان يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا لضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لايتضرر المالك بها وغير موجود في حق الاحكام التي يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لاينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وانه لايكفي لصحة الاعتاق فكذا ماثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب **قوله** وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات (وطرو)

واما اذا ادى الغاصب الضمان نفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح *

وطرؤ الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهي وهو انه لا يتصور اجتماعهما اعني الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك البات الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف قلنا ان ثبوت الملك للغاصب ضروري لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قيل الملك البات ليس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفا فاولى ان لا يكون رافعا لان المنع اسهل من الرفع قلنا المنع والرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي **قوله** واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه هذا جواب بطريق المنع لما ذكر محمد رحمه الله بقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان والمنع هو الاصح وفي المبسوط واما اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح انه ينفذ العتق ايضا هكذا ذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى وبعد التسليم هناك يملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه ولهذا لم ينفذ اعتاق الغاصب فكذا اعتاق من تلقى الملك من جهته وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلهذا انفذ عتقه (قوله)

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه

قوله فان قطعت يد العبد اي في يد المشتري من الغاصب وفي المبسوط وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد اوكسب اوارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ العقد ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد وان كان تاما في نفسه لكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة يثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضيخان رحمه الله واذا صحت الاجازة كان القطع حاصلا في ملك المشتري فيكون الارش له ثم قال وهذا بخلاف ما اذا غصب من آخر عبدا فقطعت يده وادى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الارش للغاصب وان ملك المضمون عند اداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك في المضمون مستند المكان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل اما البيع فسبب موضوع للملك فجاز ان يعمل في المتصل والمنفصل **قوله** بخلاف الاعتاق اي لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني ان الخيار يمنع البيع من كونه سببا للملك في الحال فلا يملك المحل اصلا اذ الملك انما يثبت بالسبب اما صفة التوقف يجعل العقد كالمضاف الى ما بعد الاجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا في الحال **قوله** ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اي ان كان القطع قبل (القبض)

او فيه شبهة عدم الملك **قال** فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر *

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات

القبض لان المبيع اذا لم يكن مقبوض المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن * **قوله** او فيه شبهة عدم الملك اي اذا كان القطع بعد القبض لان الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه **قوله** لما ذكرنا يعني ان الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله كما لو اشتراه الغاصب او اتهبه يبطل بيعه بخلاف ما لو ادى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه لان باداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئا ولان فيه غرر الانفساخ اذ نفاذ هذا البيع معلق بنفاذ الاول ونفاذ الاول معلق باجازة المالك وهو ربما يجيز العقد الاول وربما لا يجيز فان اجاز نفذ العقد الثاني والا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض وبيعه لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين انه مال الغير على انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فان قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما ويحتمل ان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوفا قلنا صح بيع الفضولي موقوفا لما ذكرنا ان فيه نفعا للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري الى آخره فرجحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفا ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني لانه لم يحك المشتري الاول حتى يطلب مشتريا فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ (قوله)

بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه **قال** ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا اشرط طلب المشتري الرد **قال** رح وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري *

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب *

قوله بخلاف البيع الصحيح فانه اذا باع عبدا بيعا صحيحا ثم قتل في يد البائع لا ينفسخ العقد لثبوت الملك عند القتل فامكن ايجاب البدل له فيعد المبيع قائما لقيام خلفه **قوله** وان اقر البائع بذلك عند القاضي انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا اقر عنده لانه لا يسمع البينة عليه للتناقض في الدعوى **قوله** وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ذكر محمد رحمه الله في الزيادات رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها ونقد الثمن ثم اقام البينة على اقرار البائع ان الجارية لفلان وفلان يدعيها قبلت بينته ولا فرق بينهما سوى ان البائع هنا اصيل وهناك وكيل وفرقوا ان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة (١)

* باب السلم *

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رض
اشهد ان الله تعالى احل

الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم
شرطه وقال بعض مشائخنا انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير
فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدامه على الشراء ينفي اقرار البائع
قبل البيع انه للمستحق فصار متناقضا والمتناقض لا يصح دعواه ولا يسمع بينته وموضوع الزيادات
فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي
اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته والله اعلم

* باب السلم *

هو اخذ عاجل بآجل واختص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل
احد البدلين وتاجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه معجلا
على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة
بما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمي سلما وسلفا وهو مشروع بالكتاب
فقد قال ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول آية وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والسنة وهو قوله عليه السلام
ورخص في السلم واجماع الامة والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع
موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم احق ولكنا تركناه بما ذكرنا
ويصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كر بر صفته كذا بكذا الى كذا على ان توفيه في مكان
كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه عقد خاص يثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل عنه ولنا
ان كل واحد منهما تمليك مال بمال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله)

السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهوما روي انه ع م نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وانكان ياباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذا لمبيع هوالمسلم فيه *

قال وهوجائزفي المكيلات والموزونات لقوله ع م من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غيرالدراهم والدنانيرلانهما اثمان والمسلم فيه لابدان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك *

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكرالذرع والصفة والصنعة ولابدمنها ليرتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لاتتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدورالتسليم فيجوزالسلم فيه والصغيروالكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدارالتفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده

قوله والسلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهوصفة مقررة لامميزة كمافي قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ولاطائر يطيربجناحيه وقوله عليه السلام ما ابقته الفرائض فلاولى رجل ذكر **قوله** ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بثمن مؤجل هذا الاختلاف فيما اذا اسلم الحنطة اوغيرذلك من العروض في الدراهم اوالدنانير قال عيسى بن ابان رحمه الله يكون عقدا باطلا وكان ابوبكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بيعا بثمن موجل اما لوكان كلاهمامن الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم اوفي دنانير فانه لايجوزبالاجماع **قوله** ولا يمكن لان الدراهم والدنانيرقط لايكون مبيعا لانهما خلقتا ثمنا والمسلم فيه مبيع **قوله** وكذا في المذروعات نحوالثياب والبسط والحصروالبواري فان قيل ينبغي ان لايجوز (١)

تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لايجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لايجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لايجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا فى الفلوس عددا

السلم فى المذروعات لان السلم يثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم والنص ورد فى الكيلي والوزني وهوقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما ان قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم انما اقتضى الجواز فى المكيل والموزون باعتبار امكان التسوية فى التسليم على ما وصف فى المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل كذلک يتحقق بالذرع فيجوز السلم فى المذروعات بطريق الدلالة فان قيل انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبع ماليس عندک ينفي الحاق المذروع قلنا العام من الكتاب اذا خص لا يبقى الباقي حجة عند الحسن فكيف فى السنة وعلى القول المختار وان بقي حجة لكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس وخبر الواحد ولاشک ان دلالة النص اقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود والكفارات بالدلالة ولم يثبت شيء من ذلک بالقياس وخبر الواحد وذكر فى الايضاح وانما جوزنا السلم فى الثياب استحسانا لانها مصنوع العبد والعبد يصنع بالآلة واذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلک الا قليل تفاوت قد يتحمل قليل التفاوت فى المعاملات ولا يتحمل فى الاستهلاكات الاترى ان الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلک شيئا يسيرا وجب عليه الضمان

(قوله)

وقيل هذا عند ابي حنيفة وابييوسف رح وعند محمد رح لايجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل * ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ماذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي ع م نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير *

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لامقدر لها

قوله وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايجوز لانها اثمان وهذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلس بالفلسين باعيانهما ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رح بين السلم والبيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا واقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمنا اما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلايتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين **قوله** ببيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع ثني والنوع نحو البختي والعربي والصفة نحو السمين والهزيل بان يقول بعير بختي بنت مخاض جيدا وعبد تركي ابن عشرين سنة جيد **قوله** حتى العصافير جواب سوال بان يقال السلم في الحيوان انما لايصح لتفاوت يعتبره الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها فاجاب بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لاللمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان **قوله** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع (معتبر)

قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا اعرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت *

قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله ع م لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلابد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل *

معتبر فيما بين الناس يماكسون فيه ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه *

قوله ولا في الجلود عددا اي في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوان وجلوده عددا لقلة التفاوت **قوله** ولا في الحطب حزما او وقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك فهو جائز كذا في المبسوط **قوله** ولا في الرطبة جرزا بتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة وهو القبضة من القت ونحوه او الحزمة لانها قطعة من الجرز وهو القطع ومنها قولهم باع القت جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب واما الجزز بكسر الجيم والزائين المعجمتين جمع الجزة وهي الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه **قوله** اذا كان على وجه لا يتفاوت اي بالشد نحو العصا اما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة **قوله** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل هذه المسئلة على وجوه اربعة ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح وان كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل يصح (اتفاقا)

ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض * **قال** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع * ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت * ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لوكان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده * **قال** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف

اتفاقا وحد الانقطاع هو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على ان القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة وعلى ان الوجود معتبر من حين العقد الى حين المحل * **قوله** ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار وقال زفر رح يبطل العقد ويسترد رأس المال **قوله** للعجز عن تسليمه فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين **قوله** والعجز الطارئ على شرف الزوال بان يصبر الى ان يوجد وبه فارق الهلاك فالمعقود عليه في البيع عين ثم فات اصلا وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة **قوله** وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز وفي الذخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح اذا بين الجنس بان قال شاة او بقرة وبين السن بان قال جذع او ثني وبين النوع بان قال خصي او فحل وبين صفة اللحم بان قال سمين او مهزول وبين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة امناء فالجهالة تنعدم بهذه الاشياء * (قوله)

ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به وفي وقته اما الوصف فلا يكتفى به *

قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم

قوله ولهذا يضمن بالمثل اي عند الاتلاف ايضاح لقوله موزون مضبوط الوصف وكذا قوله ويصح استقراضه وزنا لان الاستقراض لا يصح الا في المثليات ويجري فيه ربوا الفضل لعلة الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان مضبوطا فيصح السلم فيه كما في الالية والشحم **قوله** بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه اي من لحم الطيور لان عضو جنس الطير قليل ولا يشترى لحم العضو عادة **قوله** او في سمنه وهزاله وللسمن والهزال درجات متفاوتة فلا يضبط المالية بذكرهما **قوله** وهو الاصح لجواز ان يكون معلولا بعلتين فعدم احدهما لا يدل على عدم الجواز **قوله** وكذا الاستقراض اي ممنوع ايضا ولئن سلم فالمثل اعدل من القيمة لانه يماثله صورة ومعنى والقيمة لا يماثله صورة والموجب الاصلي رد العين فيهما والمثل اقرب الى العين فكان اعدل منها ولان القبض محسوس معاين في القرض فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل **قوله** ولا يجوز السلم الا موجلا وقال الشافعي رح يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم فمن اصل الشافعي رح حمل المطلق على المقيد وهنا لم يحمل مطلق قوله عليه السلام ورخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فقال انما تركت اصلي لاني وجدت الاصول (متعارضة)

ولنا قوله ع م الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم

متعارضة حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على اصلي وهذا دابه كما يقول تركت اصلي في كفارة اليمين لاني وجدت الاصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصفة التفرق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت صوم كفارة اليمين مطلقا على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظهار ومن اصل علمائنا رح انه لا يحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما فاما اذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين عملنا بالتتابع بطريق الزيادة وهنا الما ورد الاطلاق والتقييد في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقييد بشرط الاجل وصفا زائدا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بهما فعملنا بالزيادة لا على طريق حمل المطلق على المقيد احتج الشافعي رح في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد اثبت في السلم رخصة مطلقة فاشتراط التاجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر انه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد ولئن لم يكن قادرا على التسليم فبما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا اوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم اولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة قال فاني لا اجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يكون قادرا على تسليم البدل وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل الا بمدة فلهذا لا اجوزه الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من اراد الصلوة فليتوضأ لا ان (يكون)

ولوكان قادرا على التسليم ولم يوجد المرخص فبقي على المنافي * **قال** ولا يجوز الا بأجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والأجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة

يكون المراد انه اذا اسلم مؤجلا ينبغي ان يكون الاجل معلوما وقال صاحب الاسرار فيه وظاهره تحريم السلم على من اراد الابهذه الاوصاف كمن قال لآخر من دخل داري فليدخل غاض البصر ومن كلمني فليكلم بالصواب فتقييد المطلق في حديث الرخصة بهذا وفيه اشكال لانه لا يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور في الحديث اذ السلم صح في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتا عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق فصيح ويمكن ان يقال ان الاصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه الا مؤجلا وما روي حكاية حال لا عموم له وقد اراد به السلم المؤجل اجماعا فلم يرد غيره لئلا يعم * **قوله** ولوكان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فان قيل الرخصة ثابتة في حق من قدر على التسليم وفي حق من لم يقدر ولو كانت شرعيته دفعا لحاجة المفاليس لاختص بحالة الافلاس قلنا شرعيته لدفع حاجة المفاليس والافلاس امر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته والشرع بني هذه الرخصه على الحاجة فبني على السبب الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ونظيره اقامة السفر مقام المشقة واقامة النكاح مقام الماء في النسب **قوله** فبقي على المنافي وهو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والاجل ادناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل (ما)

وقد مر من قبل ولابد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف رح **قال** ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار ع م حيث قال ارأيت لو اذهب الله تعالى التمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيدة او ردية ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا واجل معلوم

ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة **قوله** وقد مر من قبل اي في اول كتاب البيوع **قوله** مما ينكبس بالكبس اي يمتلي جدا اذا بولغ في ملأه **قوله** واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال ارأيت اي اخبرني لو اذهب الله التمر بم يستحل احدكم مال اخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في تمر حائط **قوله** ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا اي لبيان ان صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط واذا اسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن ايدي الناس فلا خصومة فيه كما لو اسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مراده قرية من الفرات تسمى هراة وطعام تلك القرية يتوهم ان تصيبها آفة لها اما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق والشام سواء وان اسلم في ثوب هروي فلا بأس به ومن اصحابنا من يقول بان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجراد قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا ضعيف فالوباء قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح في الفرق ان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي (ما)

والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان لهما فى الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة

ماينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة اوبغيرها يسمى هرويا بمنزلة الزندنجي والوذاري والى هذا اشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ماتنبت بارض هراة حتى ان النابت في موضع آخر لا تنسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا للمكان وذلك يتوهم انقطاعه قال مشائخنا ان نسب الى موضع يعلم ان مراده بذلك بيان الصفة فذلك لايفسد ايضا كالخشمراني ببخارا فانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ماينبت بتلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة السقي ما يسقى سيحا فعيل بمعنى مفعول والبخسي بخلافه منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء *

قوله والاصل فيه ما رويناوهوقوله عليه السلام من اسلم منكم الى آخره والفقه ما بيناوهوقوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة **قوله** ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره احترزبه عما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لواشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر تسلم له الزيادة ولووجده تسعة لا يحط عنه شئ من الثمن والمسلم فيه لاينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لايقابلها شئ من الثمن فجهالة قدرالذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد * (قوله)

فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لايدري في كم بقي او ربما لا يقدر علي تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لايتعلق العقد علي مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما

قوله فاشبه الثمن بان يقول اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها والاجرة بان يقول استاجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها **قوله** وصار كالثوب بان يقول اسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان **قوله** فلولم يعلم قدره لايدري في كم بقي فان قيل في هذا اعتبار لشبهة الشبهة او اكثر وذلك لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل ان لا يجد زيفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبني علي وجوده زيفا فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وانه بيع المعدوم الا ترى انه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك الموهوم في تمر حائط بعينه وكيف اعتبر توهم الهلاك في مكيال رجل بعينه **قوله** ومن فروعه اذا اسلم في جنسين اي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما بان اسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لا يصح عند ابيحنيفة رح لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوما حتى لو كانا من جنس واحد يصح لان رأس المال ينقسم عليهما على السواء او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما بان اسلم دراهم ودنانير في كر بر وقد علم وزن احدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط عنده فاذا لم يعلم (احدهما)

فيج

ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لايزاحمه مكان آخر فيه

احدهما بطل العقد في حصته فيبطل في حصة الآخر لجهالة حصة الآخر ولاتحاد الصفقة **قوله** ولهما في الثانية اي في المسئلة الثانية وهي بيان مكان الايفاء لايحتاج اليه عندهما ولكن اذا شرطاه صح وان لم يشرطاه يتعين مكان العقد للتسليم لوجود العقد فيه اولانه لايزاحمه مكان آخر فيه اي في كونه مكان العقد فان قيل لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر كما في بيع العين فانه لو اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه في المصر او خارج المصر اشتراه بجنسه او بخلاف جنسه والمسئلة في الذخيرة قلنا لما عين مكانا آخر بالنص صار اولى من مكان العقد الذي كنا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير ان هذا الشرط يفسد بيع العين لان المشتري يملك العين بالشرى فاذا شرط عليه حملا زائدا فقد اشترط عليه عملا في ملكه مع ما اشترى العين منه ثم سمى الثمن بازاء ذلك كله فصار مايقابل الحمل اجارة فيصير صفقة في صفقة فيفسد بالشرط الفاسد ورب السلم لايملكه عينا قبل القبض فيكون النقل الى مكان آخر عملا من البائع في مال نفسه فلا يصير مواجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا او في الفوائد الظهيرية فان قيل لم قلتم بان في البيع يتعين مكان البيع مكانا للتسليم والدليل على انه لايتعين ما روي عن محمد رح في رجل باع طعاما والطعام في السواد فان كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لايعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لما كان له الخيار قلنا مكان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وانه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في المكان الذي استحق تسليم الثمن وفي السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فليستحق تسليم مايقابله في ذلك المكان ايضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله)

فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولابيحنيفة ره ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلابد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشائخ ره ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لايشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي ره وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء **قال** ومالم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لاتختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولاوجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لايتعين لانه لايفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا *

قوله فيصير نظيرا ول اوقات الامكان في الاوامر يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير اول وقت الصلوة لنفس الوجوب من حيث انه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ماسياتي من الزمان ويحتمل ان يراد مكان العقد يصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي رح **قوله** فصار كالقرض والغصب فان التسليم فيهما يجب في مكان تحقق القرض والغصب **قوله** لابيحنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال اي في السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لايدرى انه في اي مكان يكون ثم قال ارأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لايقوله عاقل **قوله** وصار كجهالة الوصف يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار جهالة مكان التسليم كجهالة الصفة **قوله** وعن هذا اي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كما في الصفة (١)

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي ع م عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلابد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسلم

اى الاختلاف في صفة الثمن والمثمن يوجب التحالف وفي كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في حق جريان التحالف وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون ههنا كذلك وعند ابيحنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن الموجل بان باع عبدا ببر موصوف في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفاء للبر عنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استاجر دارا او دابة بماله حمل ومؤنة دينا في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا مما له حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع وقيل ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو امر انسانا ان يحمله الى مجلس القضاء لا يحمله مجانا وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله الى المؤنة كالحنطة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور *

قوله وان كان عينا كالثوب والحيوان فلان السلم اخذ عاجل بآجل فيشترط كون احد البدلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الاجر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم (لغة)

ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله* فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة

لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود يثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة فكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد فانه اتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا*

قوله ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افترقا بعد القبض ثم اجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان امتناع الملك ليس بقضية السبب فان السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا اجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد اذ فائدته الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد فكان مفيدا ولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية **قوله** وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل **قوله** اعلام رأس المال اي قدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدرا (و)

مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقدا فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض
ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولايشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا
ولهذا لونقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لايتعين
في البيع الا ترى انهما لوتبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

وجنسا وصفة والقدرة على تحصيله بان كان موجودا من حين العقد الى حين المحل *
قوله مائة منها دين على المسلم اليه انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال
اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقدها ثم لان
اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للعقد فاوجب فساد الكل
قوله ولايشيع الفساد وهذا الايشكل على قولهما لان الفساد اذا تمكن في بعض المبيع
لايشيع في الكل عندهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فمشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في
احدهما يفسد في الآخر ايضا عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطا لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة
الا ان هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ
لان قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في ذاته فقد وقع صحيحا
فلهذا المعنى افترقا وقيل هذا اذا اسلم مائتين مطلقا ثم تقاصا المائة بما عليه فاما اذا قال اسلمت
المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند ابيحنيفة رح لان حصة الدين يبطل العقد
فيها وقد جعل حصته شرطا في الباقي فيبطل الجميع والصحيح ان الجواب فيهما واحد لان العقد
لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل
ما ذكرتم منتقض بمسائل ثلث احدها ان الرجل اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الكر
وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما يحنث ويلزمه التصدق بالكر والدراهم
وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية ان الرجل اذا باع دينارا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض
العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد، الثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان ان لادين (فالبيع)

قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله ع م لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله

فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لجاز العقد ان ولما حنث في المسئلة الاولى قلنا اما الاولى فنحن ندعي ان النقود لا تتعين في العقود استحقاقا لا جوازا فلا يلزم لانها تتعين جوازا فلذلك حنث ولزمه التصدق بها واما الثالثة فلان البيع انما لم يجز لمكان التهازل بالبيع لان هذا بيع بلا ثمن فيكون منهما تهازلا به وهي تتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسئلة الثانية لانتقاض الصرف باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر فيتحقق البيع بلا ثمن فيمتنع الجواز باعتبار التهازل *

قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال الى قوله ولا يجوز الشركة والتولية وصورة الشركة ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية ان يقول رب السلم لآخر اعطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانه بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع كله فان قيل فاي فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكر الاعم منهما وهو قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا ان احدا لا يشتري المسلم فيه مرابحة لكونه دينا ولا وصيعة لكونها ضررا ظاهرا وانما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية او في بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكر لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه **قوله** لا تأخذ الا سلمك اي المسلم فيه حال بقاء العقد او رأس مالك اي عند الفسخ **قوله** وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث وهو حق الشرع وهو حرمة الاستبدال هنا وهذا التعليل (لبيان)

الا انه لايجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رح والحجة عليه ما ذكرناه *

قال ومن اسلم في كرحنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامررب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء عليه وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز

لبيان ان رأس المال اخذ شبها بالمبيع وهوان الاقالة في حق غيرالمتعاقدين كعقد مبتدأ وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ اذ لايمكن جعل المسلم فيه مبيعا لانه دين يسقط والسلم يثبت الدين وجانب رأس المال يحتمله فجعل رأس المال مبيعا لانه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة * **قوله** الا انه لايجب قبضه في المجلس اي الاان رأس المال لايجب قبضه بعد الاقالة في مجلس الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهي انه لما ذكران الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفي بيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطا فيجب ان يكون قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطا فاجاب عنه بهذا وقال لايشترط قبض رأس المال في مجلس الاقالة وان كان يشترط قبضه في عقد السلم لان ذلک بيع من كل وجه في حق الكل وهذا فسخ في حق المتعاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه اشتراط القبض في البيع من وجه دون وجه وذلک لان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالئ بالكالئ فلا يشترط القبض **قوله** وفيه خلاف زفر رحمه الله فانه قال يجوز التصرف في رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهما لما تقايلا السلم وجبت الدراهم دينا في الذمة فلا يكون استبدالا برأس المال كما في عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لوجوب القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس الاقالة وقلنا القياس جواز التصرف فيه قبل القبض الا ان القياس تركناه في السلم لما روينا ولما ذكرنا من المعقول (قوله)

لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهي النبي ع م عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكرّ جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان

قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن

قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل صفقة جرت بين المسلم اليه وبائعه وصفقة جرت بين المسلم اليه ورب السلم **قوله** وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين **قوله** والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق جواب سؤال وهو ان يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فاجاب ان السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق وللقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكانهما جدّدا ذلك العقد على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول دينا في ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدالا بالمسلم فيه وهو حرام واما فيما وراه فهو غيره حقيقةً فصار بائعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا والا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة (فلم)

كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشري للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشرى من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشرى ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا

فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة والدليل على ان للقبض في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزيادات لو اسلم الى اجل مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعلا عند القبض كانهما جددا العقد عليه *

قوله كان الطحن في السلم للمسلم اليه ولا يكون لرب السلم ان يأخذه لانه حينئذ يصير مستبدلا **قوله** ويتقرر الثمن عليه لما قلنا اي ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل في فصل الشراء ينبغي ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان البائع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لم يصح قلنا امره بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما وجاز ان يثبت الشيء حكما وان كان لا يثبت قصدا **قوله** ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح احتراز عما قيل بانه لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري **قوله** لانه نائب عنه اي لان البائع نائب عن المشتري في الكيل **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري اي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري كان هذا جواب اشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسلما وقابضا (لان)

ولوا جتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضيّ به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لان البائع صار وكيلا في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر للبائع روي عن محمد رح انه لا يصير قابضا * **قوله** ولوا جتمع العين والدين بان اشترى كرّ حنطة واسلم ايضا في كر حنطة فالمسلم فيه دين والمشترى عين **قوله** وبمثله يصير قابضا لان القبض تارة بيده او بتخلية منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل اليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصر قابضا هنا باعتباره قلنا المعقود عليه ثمه الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر به قابضا **قوله** وهذا الخلط غير مرضي جواب سوال ذكر في الفوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر قابضا حصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين وقال الامام قاضيخان رحمه الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله اذا كال الدين اولا ثم كال العين بعده صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه حكما لو كال العين اولا ثم كال الدين وعند محمد رحمه الله ان كال العين اولا يصير قابضا لهما وان كال الدين اولا يصير قابضا للعين دون الدين (قوله)

قال ومن اسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك ببقاء المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه

قوله ومن اسلم جارية في كرحنطة الاصل في جنس هذه المسائل ان في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاك احدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الاقالة ابتداءً وبقاءً والمعنى في ذلك ان الاقالة صحتها بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المقايضة العقد قائم بقيام احد العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان احدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك احدهما لما عرف ان الثابت بالشيئين لا يزول بزوال احدهما فيكون قائما بقيام احدهما فيصح الاقالة وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين له ضرب مزية على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكما وما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لانه دين ولهذا لو قال مالي في المساكين صدقة وله ديون على ملي او مفلس لا يدخل واذا كان ما يتعين مخصوصا بضرب مزية على ما لا يتعين لا بد من ابانة هذه المزية ولا يمكن ابانتها حالة الانعقاد لافتقار الانعقاد اليهما فيجب ابانتها حالة البقاء فبقينا العقد ببقائه فصحت الاقالة باعتبار بقائه ابتداءً وبقاءً وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف يصح الاقالة وان هلكا او هلك احدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء فكذا في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبهما في الذمة قد بطل بالقضاء لان الديون تقضى بامثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد القضاء ولهذا اصح الحط والابراء بعد القضاء

قوله فماتت في يد المشتري اي المسلم اليه وانما سماه مشتريا نظرا الى اشترائه الجارية بالحنطة التي هي دين فكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله)

انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه **قال** ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة

قوله انفسخ في الجارية تبعا يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه وان لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها قصدا لما عرف ان ما يثبت ضمنا وتبعا الشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها والقول في القيمة قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فان قيل ينبغي ان لا يصح الاقالة بعد هلاك الجارية لان الجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه ايضا قد سقط بالاقالة فصار بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة وذلك يمنع الاقالة هناك فكذا هنا وذلك انه اذا هلك احد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك الآخر يبطل الاقالة قلنا في المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية مقام الجارية فلم يكن رد عين الجارية واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصار بمنزلة بقاء احد العوضين في بيع المقابضة فهناك يصح الاقالة فيه فكذا هنا **قوله** لان رب السلم متعنت المراد من المتعنت شرعا من ينكر ماينفعه والمخاصم من ينكر مايضره **قوله** لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة فان قيل لا نسلم بل رأس المال خير وان قل لكونه نقدا والمسلم فيه وان جل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك الا انه متروك هنا بالعرف والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك الا لفائدة زائدة رأوها فيه وكان فيه الغاء مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة (قوله)

وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وانكان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى * ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة

قوله وفي عكسه يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم اليه ينكر **قوله** وسنقرره من بعد وهو قوله بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه الى آخره **قوله** والفساد لعدم الاجل غير متيقن هذا جواب اشكال وهو ان يقال ان المسلم اليه غير متعنت في انكاره الاجل لانه يرد رأس المال ويبقي لنفسه المسلم فيه وهو انفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم اليه متعنتا في انكار الوصف بسلامة اكثر المالين له بهذا الانكار **قوله** كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا هو الصواب من نسخة وقع في بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لانه على ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال والمقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للامام قاضي خان (و)

لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة

والتمرتاشي والفوائد الظهيرية واليتيمة وغيرها بلفظ الاستثناء لما ذكرنا ان في صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال وفي قوله وزيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر في النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين *

قوله لانه ليس بلازم اي لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين واذا ارتفع العقد بالانكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول للمنكر وهو رب المال واما السلم فعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا فكان القول قول من يدعي الصحة وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله انهما اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمتناكحين اذا اختلفا فاحدهما يدعي النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول قول من يدعي بشهود بخلاف مسئلة المضاربة لان ثمه ما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة واذا فسدت كانت اجارة للعامل وانكان الظاهر من حاله انه لايباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله انه لايباشر العقد الآخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلف في النكاح فقال الزوج تزوجتك حين كنت صغيرا وقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ فان القول قول الزوج وانكان فيه فساد العقد لان ثمه ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث اسنده الى حال عدم الاهلية وفي بعض النسخ ولانه ليس بلازم من واو العطف وهو الظاهر لانه فرق آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدده دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف المضاربة اي لم يتفقا فيها على عقد واحد لان الفاسد منه يكون اجارة (قوله)

قال ويجوز السلم فى الثياب اذا بين طولا وعرضا و رقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرناه وانكان ثوب حرير لا بدمن بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم فى الجواهر ولا فى الخرز لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلوء التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم با لوزن ولا باس بالسلم فى اللبن والاجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا اسمى الملبن **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا باس بالسلم في طست اوقمقمة اوخفين اونحو ذلک اذا کان يعرف لاستجماع شرائط السلم وانكان لايعرف فلاخير فيه لانه دين مجهول **قال** وان استصنع شيئا من ذلک بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفى القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم

قوله اذا بين طولا وعرضا يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصفة ورقعة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته **قوله** وانكان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا وذكر فى المبسوط واذا اسلم فى الحرير ينبغي ان يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلک الوزن ونحن نعلم يقينا انه لم يرد به قطع الحرير وامافى الثياب فلا يشترط الوزن وذكر شمس الائمة رحمه الله اشتراط الوزن فى الوذاري ومايختلف بالثقل والخفة وفى المنتقى اذا باع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لايجوز الا وزنا **قوله** فان استصنع شيئا من ذلک بغير اجل جاز استحسانا بالاجماع الثابت بالتعامل الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في انه بيع اوعدة اواجارة فان قيل يشكل على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسئلة المزارعة على قول ابيحنيفة رحمه الله فان المزارعة والمعاملة فاسدتان عنده وان كان للناس فيهما تعامل قلنا لا كذلک فان (١)

والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز

الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام استصنع خاتما ومنبرا ولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير فنزل منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جائز استحسانا لتعامل الناس والقياس يابى جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب ولم يكن قدر ما يحتجم من ظهره معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد رأوا الاستصناع حسنا فكان حسنا *
قوله والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور انه بيع لان محمدا رحمه الله سماه شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى ما لم يره وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا في الكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناسي عند الذبح جعلت موجودة حكما للعذر النسيان وكطهارة المستحاضة كما ان الموجود حقيقة يجعل معدوما للعذر كالماء المعد لدفع العطش يجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم لوجوده حقيقة فكذلك ههنا المستصنع معدوم يجعل موجودا حكما للتعامل وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل احد لا يجد خفا يوافق رجله او خاتما يوافق اصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة اصله بيع المنافع
قوله والمعقود عليه العين دون العمل قال ابو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه العمل (لان)

وهذا كله هو الصحيح **قال** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه

لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به يدل على انه معقود عليه والاديم آلة العمل وانما ينعقد بيعا عند التسليم والصحيح ان المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا لوجاء به مفروغا عنه لامن صنعته اومن صنعته قبل العقد فاخذه جاز فان قيل لوكان بيعا لما بطل بموت الصانع او المستصنع وذكر الامام قاضي خان رح ان الاستصناع يبطل بموت احدهما والسلم لايبطل بموتهما او بموت احدهما قلنا للاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع من حيث ان المعقود عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا القياس والاستحسان واثبتنا فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين وفي الذخيرة وينعقد الاستصناع اجارة ابتداء وبيعا انتهاء متى اسلم ولكن قبيل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولايستوفى المصنوع من تركته ولو انعقد بيعا ابتداء وانتهاء لكان لايبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية ولوكان ينعقد عند التسليم لاقبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا مارآه والمعنى في ذلك ان المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا ولا بد من اعتبارهما واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذر لان بين البيع والاجارة تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لايمنع انعقاد الاجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما كما في الهبة بشرط العوض فان قيل لوكان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل انه لاخيار للصانع ولانه انما لم يجبر على العمل وانكان ينعقد اجارة لانه لا يمكنه العمل الا باتلاف عين الا ترى ان المزارع له ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته ورب الارض كذلك *

قوله وهذا كله هو الصحيح راجع الى قوله انه يجوز بيعا لا عدة والمعقود عليه العين دون العمل (وقوله)

الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لاخيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع

وقوله ولا يتعين الا بالاختيار لما ان في كل واحد منها قولا آخر *

قوله الا بضرر وهو قطع الصرم فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضي به قلنا جاز ان يكون رضاه بسبب ظن ان المستصنع مجبور على القبول وانه مجتهد فيه **قوله** فلما ذكرنا اشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط **قوله** اذا امكن اعلامه بالوصف وصورته ان يجيء انسان الى آخر فيقول اخرز لي خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا درهما اويقول للصانع اصنع لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته ويسلم الثمن كله اوبعضه اولا يسلم **قوله** لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح فيشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار لرب السلم اذا اتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه والمراد الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان يفرغ عنه غدا اوبعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتاجيل المطالبة بالتسليم الا ترى انه ذكر ادنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكي عن الهندواني ان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم * (قوله)

فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف مالا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

مسائل منشورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لايجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لايجوز بيع الكلب لقوله ع م ان من السحت

قوله فيحافظ على قضيته يعني ان العمل بحقيقة اللفظ واجب الا اذا صرفه عن الحقيقه صارف وذكر الاجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لخياط خط هذا الثوب غدا فيحمل على حقيقة الاستصناع **قوله** وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه اي باجماع الصحابة **قوله** وفي تعاملهم نوع شبهة فان عند زفر والشافعي رحمهما الله لايجوز ولانه نقل من الصحابة رضي الله عنهم تعاملهم السلم وتايد الاجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

* مسائل منشورة *

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء لاشك في جواز بيع المعلم واما بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه اذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل التعليم كان منتفعا به فيكون مالا محلا للبيع والدليل عليه انه ذكر في النوادر انه لو باع الجرو جاز بيعه لانه يقبل التعليم وانما لايجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وهكذا تقول في الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيع واما النمر فقد اختلف الروايات فيه عن ابي حنيفة روى الحسن رح انه يجوز بيعه وروى ابو يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد انه (لا)

مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه ع م نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية لانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لاينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولانسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله ع م ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها

لا يجوز بيعه وبيع الفيل جائز لانه منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات واما الهرة فقد ذكر شيخ الاسلام رح انه يجوز بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا بأس به * **قوله** مهر البغي اي اجرة الزانية **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيدا او ماشية فان قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير قلنا ايراد الحديث لابطال مذهب الخصم ولان الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لان كل كلب يصلح لحراسة الماشية اذ من عادة الكلاب نباحها عند حس الذئب او السارق ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا لان المال اسم لغير الآدمي مما يصلح لمصالح الآدمي فان قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالآدمي فانه ينتفع بمنافعه بالاجارة ولا يدل على ان عينه مال قلنا ان الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعا لملك العين لا قصدا فى المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب فان قيل شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة ولا يجوز بيعها قلنا ان الخنزير محرم العين شرعا لا يباح امساكه لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الاباحة لضرورة الخرز لاتدل على رفع الحرمة عن اصله فيما عدا الضرورة كاباحة لحمه حالة الضرورة لاتدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم اباحته لضرورة ليبقى ما وراءها على التحريم **قوله** والحديث محمول على الابتداء فان قيل (ما)

ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه **قال** واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله ع م في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جايز وياخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة على الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع

ماروي محرم وماذكرتم مبيح والمحرم آخرهما ورودا على ما عرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على السبق وقد دل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد في امر الكلاب قلعالهم عن الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا لا محالة *

قوله ولانه ليس بمال في حقنا اي مال متقوم **قوله** كالمسلمين حتى ان الذمي اذا باع مكيلا وموزونا بمكيل اوموزون من جنسه متساويا جاز ولا يجوز متفاضلا **قوله** ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين اي بالايمان وموجب المعاملات ولما كانوا مكلفين ولا يمكنهم اقامة ما كلفوا به الا ببقاء انفسهم كانوا محتاجين الى ما يبقى به انفسهم كما في حق المسلمين ولا يبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومن تلك الاسباب البيع فيجب ان يكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين ليتمكنوا من تبقية انفسهم لاقامة التكليف **قوله** ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها الخطاب للعمال اي اجعلوهم ولاة بيعها **قوله** ومن قال لغيره بع آلخ وصورة المسئلة ان يطلب انسان من آخر شرى عبده بالف درهم وهو (لا)

لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجيئ آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جوابا للكل ولو لم يوجد اباء ولا مساومة ولكن ايجاب العبد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانا اما ضمانه بعد الاباء والمساومة يصح قياسا واستحسانا وذكر فخر الاسلام رحمه الله واصل ذلك ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله فاما فضول الثمن فيستغني عن ذلك ويجوز ان يقابله تسمية المال لا حقيقته الا ترى ان من باع عبدا بالفين وقيمته الف ان الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك اعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجدت صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال الامام التمرتاشي رحمه الله في قوله لو قال بعت بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فباعه جاز البيع للمشتري بالف وخمسمائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو ادى الالف الى البائع له ان يقبض العبد وليس للبائع ان يحبسه لاجل الخمسمائة ولو اراد المشتري ان يبيعه مرابحة يبيعه على الف وان كانت دارا فللشفيع اخذها بالف ولو تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الخمسمائة من البائع وفي قياس قول ابي يوسف رح ان الاقالة بيع جديد ينبغي ان لا يسترد وكذا لو رده بعيبه بغير قضاء او بقضاء يسترد ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري وباقي المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبة في حق المشتري وللبائع ان يحبس العبد حتى يصل اليه الف وخمسمائة لانه لما ضمن بامر المشتري كان للضمين ان يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشتراه بالف وخمسمائة وله ان يبيعه مرابحة عليه لان المرابحة تكون بما قام عليه وللشفيع اخذها بذلك (و)

وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة

ولو اراد المشتري رده بعيب بقضاء او بغير قضاء او تقايلا فالبائع يرد الالف على المشتري والزيادة على الضمين فان قيل يجب ان لا يصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان اصل الثمن ان لا يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب ان لا يجوز من الاجنبي اذا كان ما بازائها يحصل لغيره قلنا ذكر الفقيه ابو بكر الجصاص عن الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمهما الله انه اورد هذا السوال ومنع وقال يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والمثمن لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما بازائها لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية منصوص عليها عن اصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق ثم قال الجصاص هذا المنع الذي ذكرا لكرخي مما يبعد لان عن اصحابنا رواية في هذا فان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب الصرف وغيره ان من اشترى شيئا بدين له على غيره لا يصح هذا الشرى عند علمائنا لانه اشترى بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره والمثمن لغيره واذا كان الشرى بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلان يبطل الشرى اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشتري اولى واذا كان كذلك لم يكن بد من الفرق والفرق ان القياس يابى جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن لانها بدل المال معاوضة من غير ان يحصل بازائه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا انا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث ابي قتادة الانصاري رضي الله عنه حين امتنع النبي عليه السلام عن الصلوة على رجل من الانصار لما كان دين عليه قال ابو قتادة هو عليّ او الي او في مالي وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابلته والزيادة من الاجنبي في الثمن في معناه فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الائمة السرخسي رح وفخر الاسلام لو استدللنا في جواز التزام الزيادة عن الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث ابي قتادة ينبغي (ان)

تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح *

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطئ الزوج حصل بتسليطه من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا *

ان يجوز من الاجنبي التزام اصل الثمن ايضا كما يجوز التزام الزيادة على الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينها وبالاتفاق ان التزام اصل الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب اصل الثمن على المشتري فعلم ان بينهما فرقا *

قوله تسمية بان يتكلم بلفظ من الثمن وصورة بان يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وان لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا بالمزيد عليه فاشبه بدل الخلع فيصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لانها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام **قوله** فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة فان قيل فعلى هذا كان ينبغي ان يصح بيعها قبل القبض لقيام سبب الولاية قلنا ورد النهي عن البيع قبل القبض والنكاح ليس في معناه لان البيع يبطل بالغرور والنكاح لا يبطل به ولان القدرة على التسليم شرط لصحة البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الآبق لا يجوز وانكاح الآبقة جائز وفي الفوائد وذكر الصدر الشهيد رحمه الله اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح والمختار قول ابي يوسف رح لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض (من الاصل)

قال ومن اشترى عبدا فغاب (والعبد في يد البائع) فاقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات مفلسا والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما

من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا والقياس ان يكون قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج له ان يردها فالمشتري اذا عيب المعقود عليه يصير قابضا ويجعل التزويج كالاعتاق والتدبير ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه يقل رغبات الناس فيها وينتقص لاجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بالدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي بان قطع يدها او قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتاق والتدبير فان المشتري يصير قابضا بهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتاق انهاء للملك فيها واتلاف للمالية ولهذا يثبت له الولاء فمن ضرورته ان يصير قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به *

قوله ومن اشترى عبدا فغاب اي قبل نقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه وفي الفوائد (و)

فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه

وفي قوله ملك المشتري ظهر باقراره اشارة الى انه لا يشترط اقامة البينة للبيع اذا كان لا يدرى اين هو لان موضوع المسئلة ان العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط اقامة البينة ليكون البيع بحجة بالغة وهذه البينة لكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب ثم قيل ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضي وفيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وقيل لا ينصب لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا * **قوله** فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقد اختلفوا في مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قبل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لا يرجع على الغائب بما نقد خلافا لهما **قوله** كمعير الرهن بان اعار شيئا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير امره لانه مضطر في القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك (ههنا)

كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه *

قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السوى فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما *

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه

ههنا بخلاف ما لو استاجرا فغاب احدهما فنقد الاخر كل الآجر فهو متبرع لانه غير مضطر لانه لا حبس للآجر للاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر رجع على الغائب بما نقد عنه فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقد عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع *

قوله كالوكيل بالشراء وبيان انه كالوكيل بالشرى ان الصفقة لما كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما كالمعاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل وللوكيل ان يرجع على الموكل بما ادى عنه وان يحبسه لاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كالوكيل ينبغي ان لا يفترق الحال بين حضور المشتري وغيبته كمعير الرهن وكالوكيل بالشراء قلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت شبهة الوكالة عند غيبة احدهما والحقيقة عند حضرتهما عملا بالشبهين والعمل على هذا الوجه اولى من العكس لمكان الاضطرار الى اداء الجميع للانتفاع بنصيبه اذا كان غائبا **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ولفظ رواية الاصل من الجامع الصغير بعتك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال فضة وذهب جيد ولا فرق في الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة او اخره عنها وكذا في وصف الذهب او الفضة (با)

لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الي ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له *

بالجودة يكون وصفا فيهما كما لو قال عبدي حر غدا وامرأتي طالق او قال عبده حر وامرأته طالق غدا انهما يقعان غدا جميعا وقال الامام التمرتاشي رحمه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما فيشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له علي مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف فكذا هذا في جميع ما يقربه من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك وكذا لو قال له علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغي ان يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل او يترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات قلنا لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير الى قضية الاضافة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشركة على السواء *

قوله لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل اي حق رب الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجب رعايته كحقه في الاصل من حيث القدر وانكان المقبوض دون حقه قدرا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه وصفا الا انه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض انكان قائما ومثل المقبوض انكان مستهلكا لان مثل الشيء له حكم عينه **قوله** لانه ايجاب له عليه وبهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى وضمان المرهون على الراهن وانكان ملكا له لان ذلك ضمان ملكه عليه لا له بل للغريم وهذا ضمان ملكه عليه له ولا نظير له فان قيل ايجاب الضمان له عليه انما يكون ممتنعا لعدم الفائدة وهنا (١)

قال واذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يوخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء *

اشتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجودة الا ترى ان من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة ثم لو افاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح لوجود الفائدة وهو يملك مال الغير بحصته من الثمن المذكور في الشرى وكذا يجوز لرب المال ان يشتري مال المضاربة من المضارب بما فيه من الفائدة قلنا لا يصح وان كان فيه فائدة لان الجودة تبع للدراهم لانها وصف لها فنقض قبض اصل الدراهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الاصل تبعا لتبعه وهذا نقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك *

قوله وكذا اذا تكسر فيها ظبي وفي بعض الروايات اذا تكنس اي دخل في الكناس وهو موضعه وانما قيد بالتكسر لانه لو كسره احد يكون له **قوله** وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك واما اذا هيأ بان حفر بيرا للصيد ووقع فيها فهو له **قوله** فصار كنصب شبكة للجفاف يعني فتعلق بها صيد واخذه انسان فهو للآخذ **قوله** او كان مستعدا له معطوف على قوله ما لم يكفه على تقدير حذف حرف النفي اي ما كان مستعدا له **قوله** بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه حيث يكون العسل لصاحب الارض لانه عد من انزال الارض والنزل الزيادة والفضل والفرق ان العسل ليس فيه معنى الصيدية لا في الحال ولا في المآل والارض في يد صاحبها فما فيها يكون في يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لارضه كالشجر والزرع ينبت فيها والله اعلم بالصواب

(كتاب الصرف)

* كتاب الصرف *

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة اولانه لايطلب منه الا الزيادة اذ لاينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا **قال** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لايجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله ع م الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث قال ع م جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع *

* كتاب الصرف *

قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من العوضين من جنس الاثمان اي بيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة او احدهما بالآخر سمي به لانه يحتاج الى نقل بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا اي صرف الله قلوبهم اولانه عقد يرد على مال لا يقصد به ذاته بل يبتغى به الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفا لانه فضل على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لايقبل الله منه صرفا ولاعدلا اي لاتطوعا ولا فرضا والاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء اولا قوبلت بجنسها او بغيره ونوع مبيع بكل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا كان سلعة وهذا الان الثمن عند العرب ما يكون دينا في الذمة كذا قاله الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا انها لا تتعين بالتعيين فكان ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلايخرج به من ان يكون مبيعا والمكيل والموزون مستحق عينا (با)

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه

بالعقد تارة ودينا اخرى فيكون ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات تسليمه وصح الاستبدال برد والمبيع بخلافه *

قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اختلف المشائخ رح ان القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد او شرط بقائه على الصحة فعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو ان يقال ما يكون شرط الجواز يشترط حالة العقد كالشهادة في باب النكاح والمالية في المبيع والجواب ان اشتراط القبض حالة العقد غير ممكن لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلق الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد فكان كالموجود عنده حكما **قوله** لما روينا هو ما روي قبيله يدا بيد **قوله** ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة يريد به ان الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة **قوله** لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وفي المبسوط وعن ابن حبلة قال سألت عبدالله بن عمر رضي الله عنهم فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وليس (١)

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله ع م الذهب بالورق ربوا الاهاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره (وفيه خلاف زفر رح) *

قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز

المراد منه الاطلاق في الوثبة المهلكة بل هو مبالغة في ترك الافتراق بالابدان قبل القبض *

قوله وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم اي المعتبر تفرق الابدان لا القيام من مجلس العقد بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله **قوله** الذهب بالورق ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم وقوله هاء بوزن هاع اي خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا اي بشرط الخيار والثاني يفوت القبض المستحق اي بالاجل **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيه خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا اسقط الاجل بان سلم في المجلس **قوله** ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع فان قيل لو جعل كل واحد منهما مبيعا لاشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد حتى لا يصير بائعا ما ليس عنده ولم يشترط (قيام)

وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال

قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد فقد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر دينارا بدراهم وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر دينارا ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مثمنا من وجه بعد العقد لان اعتباره مثمنا بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من مثمن كما لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمنا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مثمن في الاصل وانما يصير ثمنا بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه ثمنا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك احدهما بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمنا من كل وجه كذا هنا واذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشار اليه *

قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا جواب اشكال وهو ان يقال لو كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا فالمسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب الجواز اذ الشبهة كالحقيقة في الحرمات **قوله** لما ذكرنا اي من الحديث والمعقول **قوله** بخلاف بيعه بجنسه مجازفة (لما فيه)

الف نسيئة والف نقدفالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل فى الصرف جائز في بيع الجاريه والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلک لما بينا وكذلک ان قال خذهذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قديراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد به احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فانكانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع

لما فيه من احتمال الربوا وانكانا متساويين فى الوزن فى الواقع لايجوز ايضا لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تبايعا ذهبا بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لزفر رحمه الله ٭

قوله الف نسيئة والف نقد ولو اشتراها بالفي مثقال فضة نسيئة فسد فى الكل عند ابي حنيفة رحمه الله اما الطوق فلفوات التقابض واما فى الامة فلان المفسد مقارن العقد وقد تقرر فى الكل معنى من حيث ان قبول العقد فى البعض شرط لقبوله فى الباقي وعندهما لا يفسد فى الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما اما لو اشتراها بالفي مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا بطل فى الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد فى الطوق طارئ فلايتعدى الى الامة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان قبض حصة الطوق واجب فى المجلس ولو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلک انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح فى الاستحقاق عند المساواة (فى العقد)

للربوا اولا حتماله (وجهة الصحة من وجه) وجهه الفساد من وجهين فترجحت *

قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع * ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء * ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض *

قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكرحنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة

في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك والقول في بيان جهة التمليك اليه كذا في المبسوط *

قوله للربوا اي فيما اذا كانت مثله او اقل منه اولاحتماله اي فيما لا يدري وفيه خلاف زفر رح **قوله** وجهة الفساد من وجهين بتقدير المساواة والنقصان والجواز بتقدير الزيادة ولو استوت الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطا فما ظنك اذا كانت جهة الفساد اكثر فان قيل الترجيح انما يكون بشيء لا يكون علة لاثبات الحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين اعني المساواة والنقصان من المفرز علة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح قلنا مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقي **قوله** لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد بخلاف مسئلتي الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحدة منهما صرف وبيع فاذا نقد بدل الصرف صح في الكل **قوله** وكان الاناء مشتركا بينهما ولا يقال ان فيه تفريق الصفقة على المشتري فينبغي ان يتخير لان التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد فصار كهلاك احد العوضين ولان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن (قوله)

ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس فانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه

قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذ الحنطة والشعير والدراهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربوا وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لا دليل عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة ولنا ان العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الذات لا يخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الاترى انه لو اتى بهذه المقابلة ثم قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح ويصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب ان يحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولهذا اوجب حمل كلامه على المجاز اذا لم يصح الا بالحمل عليه وبه تبين انه ليس بتغيير لكلامه بل هو (تعيين)

وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف (ما عد من المسائل اما) مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب

تعيين احد المحتملين ولئن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا اصله اذ موجبه الاصلي ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو باق بعده ولهذا قوبل الفرد بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو قوبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض ح يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض وصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وانكان فيه تقييد كلامه تصحيحا لتصرفه وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا لتصرفه وانكان فيه تقييد كلامه *

قوله وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما ان وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع لكن في الانقسام بالشيوع تغيير اصل العقد لان اصل العقد العقد الصحيح الذي يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغيير الاصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفي مقابلة الفرد بالفرد ابقاء لاصل العقد على قضيته وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان اهون التغييرين فكان اولى وفي المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه واذا لم يتحقق المعارضة يترجح ماهو مشروع من كل وجه على ماهو مشروع من وجه **قوله** لانه يصير تولية اي تغيير اصل العقد لانه عقد المرابحة فلو صححنا تصرفه يصير تولية (قوله)

والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة اوذهبا بذهب (واحدهما اقل) ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض (فيكون ربوا) **قال** ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز

قوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين اي طريق الجواز لانه كما يجوز ان تصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز بان تصرف اليه الف وواحد او اثنان او ثلثة والى الآخر اربع مائة وتسعة وتسعين او شيء والوجوه كلها سواء وليس بعضها اولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قيل قد تعدد طريق الجواز هنا لانا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدينارين يصح قلنا نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجح احد وجوهه ولما ذكرناه رجحان لان العقد ورد باسم الدراهم فتجويزه مع بقاء اسم الدراهم اولى **قوله** والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة الى الابقاء على الصحة لانه لولا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم في مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمه موهوم لجواز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار في هذه المسئلة احد الطرفين جنس واحد والآخر مشتمل على جنسين **قوله** على ما روينا وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة (مثل)

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفى الاضافة الي الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رح يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز *

قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال وياخذه التجار

مثل بمثل والظاهر انه اراد به ذلك اي ان البائع اراد بهذا العقد العقد الذي ذكرناه وهو ان يكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ولو تبايعا فضة بفضة ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوبا بخمسة عشر درهما وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهة كالجوزة وكف من زبيب وانما كره لانه احتيال لسقوط الربوا الياخذ لزيادة بالحيلة فيكره كبيع العينة فانه مكروه لهذا *

قوله ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة اي من غير ان يقيد بالعشرة التي عليه اما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف وفي ما اذا باع دينارا بعشرة مطلقة ثم تقاصا بالعشرة التي عليه خلاف زفر رح وهو القياس وفى الاستحسان يجوز وجه القياس ان هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا او دينارا **قوله** ووجهه اي وجه الجواز انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرناه وهو قوله ولابد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدا بيد والدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض فلم يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة (الى)

ووجهه تحقق المساواة فى الوزن وماعرف من سقوط اعتبار الجودة *

الى الدين فان قيل لوفسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي ان يكون القبض شرطا لان الاقالة بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا في حقه قلنا صارت الاقالة هنا في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الاقالة بل حكم البيع لها في حق الثالث فيما اذا كانت الاقالة ثابتة قصدا او فى الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد لانهما لما اضافا العقد الى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال فلهذا وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما و عقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض البدلين انما يكون شرطا احترازا عن الربوا فانه اذا كان احدهما مقبوضا والآخر غير مقبوض وافترقا يكون بيع عين بدين والعين خير من الدين لان الدين ممايقع الخطر في عاقبته ولاخطر في دين يسقط فلا ربوا بينه وبين المقبوض فى المجلس الا ترى ان الدين بالدين حرام ثم لو تصارفا دراهم دين بدينار دين صح لفوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه فى الابتداء لا يصح فكذا اذا حولا العقد اليه فى الانتهاء وهذا لان ما يقابل برأس المال فى السلم دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دينا بدين وفى الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض فى المجلس والافتراق عن عين بدين جائز هذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه فى الدين المتقدم لا يقع بنفس العقد فمع المتاخر اولى فاما اذا تقابضا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لا يجوز المقاصة هنا لان الدين لاحق فيكون صرفا بدين سيجب والاصح انه يصح لانه لما تقابضا تضمن ذلک فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا بدين سبق وجوبه والغلة من الدراهم المقطعة التي فى القطعة منها قيراط اوطسوج اوحبة كذا فى المغرب فيردها بيت المال لا لزيافتها ولكن لكونها قطعا **قوله** ووجهه تحقق المساواة فى الوزن اي وجه الجواز تحقق شرائط الصحة لان المساواة (فى)

قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن * وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف ان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشائخنا رح لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه

في الوزن متحققة والمساواة في الجودة ليست بمشروطة لما عرف ان الجودة ساقطة العبرة لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء *

قوله فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف يعني انكانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم او اقل اولا يدرى لا يصح وانكانت اكثر يصح **قوله** ولكنه صرف جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس لا يشترط التقابض في المجلس قلنا انما صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لحاجتنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مصروفا الى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف الى جنسه ليشترط التقابض في المجلس لعدم الحاجة الى بقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما تمس في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ الغطارفة اي الدراهم الغطريفية منسوبة الى الغطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام هارون الرشيد كذا في المغرب (قوله)

ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد وان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه * واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد *

قوله ينفتح باب الربوا متعلق بقوله لم يفتوا لانه لو جاز حل الربوا في اعز الاموال لقاسوا عليه حل الربوا في الذهب والفضة بالتدريج **قوله** ثم ان كانت تروج اي المغشوشة **قوله** بل بجنسها زيوفا اي بجنس الدراهم المغشوشة من الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها انها زيفة والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش **قوله** واذا اشترى بها سلعة اي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت اي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه رد المثل كذا اختاره الفقيه ابو الليث رحمه الله وفي عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلدان لانه ح يصيرها لكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع (و)

قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلابد من تعيينها * واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابيحنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه * ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابيحنيفة رح يجب عليه مثلها لانها عارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل

وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير وماذكر في العيون يستقيم على قول محمد رحمه الله واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يبطل البيع بالفساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين وعندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد رح لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد ينبغي ان يكون على هذا القياس ايضا وفي القدوري اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد في قول ابيحنيفة رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد او بالانقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما رده على البائع وان كان مستهلكا اوها لكا رجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثلها وبمثله ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم والفلوس فاما اذا غلت بان ازدادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع اذا انقطعت الدراهم من ايدي الناس قبل القبض فسد البيع عند ابيحنيفة رح وحد الانقطاع انه لا يوجد في السوق وان كان يوجد في ايدي الصيارفة *

قوله والثمنية فضل فيه اي في القرض اذ صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد (قوله)

واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمهما الله انظر وقول ابيوسف ايسر

قوله واصل الاختلاف اي اصل الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وانما قيدنا به لانه بني هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثلي كالرطب مثلا وفيه كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية وفي فوائد الخبازي واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع الا ان هناك يعتبر القيمة يوم الخصومة عند ابيحنيفة رحمه الله وهنا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفسد لان قيمتها كاسدة وعينها سواء بل ايجاب العين كاسدة اعدل من قيمتها كاسدة فاوجب مثلها كاسدة وعندهما لما وجب اعتبار قيمتها رائجة اما يوم القبض او آخر يوم كانت رائجة فيه فكسدت كان ايجاب قيمتها من الفضة اولى من ايجاب عينها كاسدة كما في المبسوط وقول محمد رحمه الله انظر في حق المقرض بالنظر الى قول ابيحنيفة رح وكذا في حق المستقرض بالنسبة الى قول ابي يوسف رح وفي فتاوى قاضي خان رح قال محمد رح عليه قيمتها في آخر يوم كانت رائجة وعليه الفتوى وقول ابي يوسف رح ايسر اي للمفتي او القاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بحرج وفي المحيط ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة او هالكة والفلوس المغصوبة اذا كسدت فان كانت قائمة رد عينها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي مر وهذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة اخرى في كتاب الغصب ان من غصب رطبا وهلك عنده او استهلك ثم انقطع اوان الرطب قال ابوحنيفة رحمه الله عليه قيمة يوم الخصومة وقال ابو يوسف رح قيمة يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع وكثير من المشائخ كانوا يفتون بقول محمد رح وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الائمة والصدر الشهيد حسام الدين رحمهما الله وبعض مشائخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رح (قوله)

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدراهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لاسيما في ديارنا

قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابيحنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رح

قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس اي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة **قوله** من الفلوس بيان لقوله ما يباع وفي المغرب الدانق بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوانق ودوانيق وفي الصحاح الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق ومن اعطى صيرفيا اي صرافا وهو من قولهم للدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة اي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرفي كذا في المغرب **قوله** والفساد قوي لانه مجمع عليه وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالاجماع وان بين يشيع الفساد على قول ابيحنيفة رح (ولو)

وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله اعلم بالصواب *

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان بان قال اعطني بنصفه كذا فلسا واعطني بنصفه الباقي نصفا الاحبة فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله ههنا ايضا لا يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرقت بتكرر قوله اعطني ولا وجه اليه لان قوله اعطني مساومة وبتكرر المساومة لا يتكرر البيع الاترى ان بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى ان من قال لآخر بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة والصحيح انهما بيعان فلا يشيع الفساد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر اي مختصر القدوري والله اعلم *

* كتاب الكفالة *

هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال النبي عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه ثم قيل اي في الشريعة هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رح فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة بايفاء الدين ولا دين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيئا صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا الشرى بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب (مع)

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله ع م الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة

مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الامن احدهما غيران هناك اختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وههنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك مطالبة كل واحد منهما والاول اصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل او اشترى به منه شيئا فح جعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود اصل الدين فاما ان يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا الا ترى ان الوكيل بالشرى مطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من له ابتداء حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل فكذلك يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من عليه فيتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة واصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين سقوطا بالتاجيل فكذلك التزاما بالكفالة والمطالبة مع اصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز ان ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين كذا في المبسوط واما ركنها فالايجاب والقبول عند ابيحنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح في قوله الآخر حتى (ان)

بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي (في ذلك) والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته

ان عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفل بالمال او بالنفس مالم يوجد قبول المكفول له او قبول اجنبي عنه في مجلس العقد وقال ابو يوسف رح آخرا الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول او الخطاب من غيره اولم يوجد واختلف المشائخ رح في قوله الآخر ان الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفا على اجازة الطالب او يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول فمن يقول بالتوقف يقول لا يواخذ به الكفيل واما شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها اذ غير الجاني لا يوخذ بجناية الجاني وان يكون دينا صحيحا ولهذا لم يصح الكفالة ببدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفا للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة واما اهلها فاهل التبرع بان كان حرا مكلفا فلا يصح من العبد والصبي وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل **قوله** بنوعيها الكفالة بالنفس والمال فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته قلنا الغرم ينبئ عن لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار والحاجة ماسة الى هذا النوع وهي ضرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب نفسه فيتوي حق صاحب الحق وعن الصحابه انهم جوزوا الكفالة بالنفس **قوله** اما حقيقة كنفسه وجسده وبدنه (١ او)

لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام * او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال ع م ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة **قال** فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما دري لماذا يدعي * ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق **قال** وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك بريء لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في المؤجل واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر بريء الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة *

او عرفا كما في بروحه او برأسه او بوجهه *

قوله لانه تصريح بموجبه اي موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك الكل العيال قال الله تعالى وهو كل على مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم ايضا والمراد ههنا اليتيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعوله اي يقوته **قوله** وقد روينا فيه وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفي الفارسية بان قال من ضامنم دانستن وي را عامة المشائخ قالوا يكون كفيلا فكانهم فرقوا بين الفارسية والعربية كذا في فتاوى قاضيخان رح **قوله** ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه (واتفق)

واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه فى السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا * وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ

واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى ان يعرف مكانه لانهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل يمهله القاضي مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كموته حكما في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته وفى الذخيرة اذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبين اهل الحرب موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونهم علينا اذا طلبنا يمهل قدر الذهاب والمجيئ وان لم يكن قادرا على رده بان لم يتقدم موادعة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذ به **قوله** لحصول المقصود اذ المقصود من التسليم في مجلس الحاكم امكان الخصومة واستخراج (١)

لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولوسلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه * واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولومات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولايشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولوسلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل اورسوله لقيامهما مقامه

الحق باثبات حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر *

قوله لانه قد يكون شهوده فيما عينه وذلك القاضي يعرف حادثته فلايبرأ بالتسليم في مصر آخر قلنا ولعل شهوده فيما سلمه وهذا القاضي يعرف حادثته فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلايبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلاف المشائخ فيه **قوله** لا يقدر على المحاكمة فيه لان الغرض من التسليم تمكنه من احضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذا لايتأتى اذا كان محبوسا **قوله** ولايشترط قبول الطالب التسليم وفي المبسوط ويستوي ان قبله الطالب اولم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ماالتزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرر به من عليه فانه يمتنع من ذلك ايفاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولوسلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل (لانه)

فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال * ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف * ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة

لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع اي دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين فلذلك صح تسليم نفسه قبل الطالب او لم يقبل *

قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فالتقييد بقوله لما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزم على الكفيل شيء عند محمد رح واما التقييد بقوله وهو الف فلا يفيد **قوله** وهذا التعليق صحيح لانه تعليق بشرط متعارف لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها اوسع اولى وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة اي الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح كالبيع ولا يصح الكفالة بالنفس ايضا عنده فلا يصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال يشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال ويشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن (المال)

قال ومن ادعى على آخرمائة دينا روبينها اولم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفه وابيوسف رح وقال محمد رح ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه

المال لتحقق الشرط وهوعدم الموافاة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا لوابرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شئ لان بالابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافاة حال بقاء الكفاله بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظيرالابراء فلايلزمه المال قلنا الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس ولاضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجزعن تسليم النفس يتحقق والشرط عدم الموافاة مطلقا هذا اذامات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال دينا في تركة الكفيل اذامضت المدة فى الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لايلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهوانه لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة *

قوله ومن ادعى على آخرمائة دينا روبينها اي بين صفتها بانها جيدة اوردية وخليفية اوركنية اولم يبينها ويحتمل ان يكون معنى قوله وبينها اي بين قدرالمالية بان ادعى مائة دينارا ولم يبين قدرالدينار ولم يذكرالمائة في دعواه لان صورة المسئلة في اصل رواية الجامع الصغير رجل لزم رجلا فادعى عليه مائة دينارا اولزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غدفان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي به فلم يواف به قال عليه مائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق انه له (قوله)

لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولاتصح الكفالة على هذا الوجه و ان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا تجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعاوي على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية * **قال** ولايجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عندابي حنيفة رح معناه لايجبر عليها عنده وقالا يجبر في حدالقذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد (فيليق بهما الاستيثاق

قوله لانه علق مالا مطلقا بخطر حيث قال فان لم اوافك غدا فعلي مائة دينار ولم يقل فعلي المائة التي لك عليه قال الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله لما قال علي مائة دينار ولم يضف الكفالة الى ما عليه يحتمل انه التزم مالا ابتداء فيكون رشوة ويحتمل انه اراد ما على الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا الوجه لا يصح الكفالة وان بين المدعى به **قوله** ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان قال الشيخ ابوالحسن الكرخي رحمه الله اذا لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم يصح الكفالة بالنفس فلم يصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به معلوما وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف الكفالة الى المال المدعى به **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عندابي حنيفه رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر وفي الفوائد الظهيرية وليس تفسير الجبر هنا الحبس لكن يامره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينمادار كيلا يتغيب واذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول (و)

كما في التعزير) بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله ع م لاكفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لاتندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير* ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لايحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان حدا للعباد فيه حق كحد القذف وكحد السرقة على قول بعضهم واما الحدود الخالصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على قول بعضهم فلا يجوز الكفالة فيها وان طابت نفسه اما قبل اقامة البينة فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم فلم يكفل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل الاستيثاق فلا معنى لاخذ الكفيل واما في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحق عيله بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله كما في سائر الحقوق فاذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز *

قوله كما في التعزير اي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير فان التعزير محض حق العبد ويسقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال **قوله** ولو سمحت نفسه به اي ولو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في حد القذف يصح بالاجماع **قوله** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل فان قيل قد قلتم يحبسه باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط (في)

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة

في الحبس اكثر من اخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيرا له **قوله** لانه دين مطالب به الا ترى انه يطالب به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويؤخذ من تركته في رواية بخلاف الزكوة لانه ليس بدين بل هو تمليك مال مبتدأ حتى لا توخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان في الاموال الظاهرة ثم قوله دين يطالب به راجع الى الكفالة وقوله ممكن الاستيفاء راجع الى الرهن اي يطالب به فيصح الكفالة لان الكفالة تقتضي دينا يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن توثيق لجانب الاستيفاء وانما اورد هذا لان الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة ووجوبه لحق الشرع كالزكوة فكان ينبغي ان لا يصح الكفالة والرهن به ولكن في حكم المطالبة بالايفاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة والرهن به والمراد به الخراج الموظف **قوله** لان موجبه التزام المطالبة ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولما كانت الكفالة لالتزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد الا ترى انهما لو كفلا جميعا معا بنفسه جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم احد الكفيلين بنفس الاصيل برئ هو دون صاحبه وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فقضاه احدهما يبرءان وفي التفاريق والكفلاء الثلثة في العقد الواحد ايهم سلم الاصيل كان كتسليمهم وقال ابن ابي ليلى اذا كفل الثاني برئ الكفيل الاول وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب **قوله** اذا كان دينا صحيحا اي الدين الذي لا يسقط (الا)

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرطا ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لايكون بدل الكتابة وسياتيك (في موضعه) ان شاء الله **قال** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة * ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لايتضمن التمليك فوضح الفرق

الا بالاداء او الابراء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه يثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المكاتب باسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه *

قوله وعلى الكفالة بالدرك اجماع مثل ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد واصل اللحوق فى الدرك وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول **قوله** وصار كما اذا كفل بشجة بان قال كفلت بما اصابك في هذه الشجة التي شجك فلان وهي خطاء يصح بلغت النفس اولم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لايدري قدر ما يبقى من اثر الشجة وهل يسري الى النفس اولا يسري وان كانت عمدا فعلى تقدير السراية يجب القصاص اي شجة كانت اذا شجها بآلة جارحة ولا يصح الكفالة فى القصاص **قوله** بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين اي بالقضاء او الرضاء لانه اذا ضمن احدهما بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لايتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفى الغصب اذا اختار تضمين احدهما بلا رضاء وقضاء له تضمين الآخر ايضا *

(قوله)

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملايم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله

قوله مثل ان يقول ما بايعت فلانا او نما قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما لان جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت احدا من الناس فانا لذلك ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتفاحشت الجهالة وفي الايضاح ولو قال من قتلك من الناس او غصبك من الناس او ما بايعت من الناس فانا لذلك ضامن فهو باطل **قوله** والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فالآية تدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير مجهول وعلى ان تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستاجرا والمستاجر ضامن للاجر سواء كان اصيلا او وكيلا واذا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد لم يتصور ان يكون كفيلا عن غيره فكان معنى قوله وانا به زعيم انا ضامن للاجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وامكن حمل الآية على الكفالة بان قال المنادي للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستيجار يصلح ان يكون كفيلا بالاجر من المرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه امران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال فانتساخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق * (قوله)

اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق * فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فتحقق ما عليه وصح الضمان به * وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة * فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه * ويصدق في حق نفسه لولايته عليها **قال** وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به *

قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه وانما قيد بقوله وهو مكفول عنه لانه اذا علق الكفالة بقدوم اجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار ومعنى قولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة اذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره **قوله** وكذا اذا جعل واحدا منهما اي من هبوب الريح ومجئ المطر اجلا بان قال تكفلت الى ان يمطر السماء او تهب الريح الا انه تصح الكفالة اي فيما اذا جعل واحدا منهما شرطا او اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا لان ما جاز تعليقه بالشروط لا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولانه في الحال تمليك مطالبة بلا عوض ولو كان تمليك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فههنا اولى **قوله** لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال رجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو علي ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك علي الف درهم وقال الطالب لي عليك الفان (وقال)

فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره * وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة اوبالارث وكما اذا ملك المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل

وقال الكفيل ما لك عليه شيء فالقول قول المطلوب وقد لزم هناك على الكفيل ما اقربه المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع ان قوله ليس بحجة على الكفيل قلنا قال شمس الائمة السرخسي رح ليس هو بالزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو ايجاب المال على الكفيل بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته * **قوله** فان كفل بامره رجع بما ادى هذا اذا كان الآمر وهو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى ان المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا وامر رجلا بان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الصبي اصلا وكذا العبد المحجور اذا امر رجلا بان يكفل فكفل عنه فادى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفل عن الصبي الماذون بامره وادى كان له ان يرجع بذلك عليه **قوله** اما اذا ادى خلافه بان كفل عن رجل بدراهم جياد واعطى الطالب زيوفا رجع بمثل ما ضمنه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ما على المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين يصح اذا سلطه عليه في الجملة او يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة رب الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما اوبالارث بان مات الطالب فورثه منه وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان احال على انسان ولم يكن على (المحتال)

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية **قال** فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله * واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانيرا وعروضا عن الدراهم الدين او وهب له المحتال له الدين اوتصدق عليه او ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه بخلاف المامور باداء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى اذا كان المودى مثل المامور بادائه اودونه حتى ان من امره بقضاء دينه وهو جياد فادى زيوفا فتجوز لها من له الدراهم يرجع المامور بالزيوف على الآمر ولو امره بقضاء دينه وهو زيوف فادى الجياد رجع بالزيوف ايضا لان الرجوع هناك بحكم الآمر بالاداء فلا بد من اعتبار الامر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الامر في حق الزيادة وفي الفصل الاول وان وجد الامر لم يوجد الاداء كذا في الذخيرة وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي هناك يرجع على المكفول عنه بما ادى وهو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو الف درهم لان الصلح على اقل من جنس حقه ابراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والابراء اسقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم احترازا عما لو صالح على جنس آخر من الدنانير والعروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل على ما يجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى *

قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء فان له ان يطالب الموكل بالثمن قبل ان يؤدي والوجه فيه ان الكفيل ملتزم للمطالبة (و)

لان الدين عليه فى الصحيح * وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز * وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل * ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه

وانما يتملك الدين بالاداء وقبل الاداء لاملك له فلا يرجع عليه فاما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره فللمشتري الاول ان يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل ان ينقد هو الثمن الى البائع الاول *

قوله لان الدين عليه في الصحيح احتراز عما قال بعضهم بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل

قوله لان عليه المطالبة اي على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولا دين بحال فلزم من ابراء الاصيل ابراء الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين والا يلزم جعل التبع اصلا والاصل تبعا فلم يلزم من ابراء الكفيل ابراء الاصيل

قوله وكذا اذا اخر الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد اي فيما بين الاصيل والكفيل فاما الابراء الموقت والمؤبد يفترقان في حق الكفيل فان الابراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده واما الابراء الموقت يرتد برده ويكون الدين عليه حالا لان الابراء المؤبد اسقاط في حقه والاسقاط لا يرتد بالرد واما الابراء الموقت فهو تاخير المطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير قابل الابطال بخلاف الاسقاط المحض

قوله واما ههنا فبخلافه لان تاخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل (اذ الملتزم)

فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة * **قال** ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع * وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء

اذا الملتزم بالكفالة المطالبة فكان تاخيرا للملتزم فلا يثبت التاخير في حق الدين لان الدين لم يذكر في معرض التأجيل واما في هذه المسئلة ذكر الدين في معرض التأجيل اوجب المطالبة عليه ابتداء موجلة ولن يكون عليه موجلا ابتداء الا بعد ثبوت التاجيل في حق الاصيل لان حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين فيأجل في حقهما *

قوله فان صالح الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة الى آخره المسئلة على اربعة اوجه ان شرطا براءتهما في الصلح برئا جميعا عن خمسمائة وان شرطا براءة المطلوب فكذلك يبرءان جميعا وان شرطا براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائه لا غير وان لم يشترطا في الصلح براءة واحد منهما بان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب برئا جميعا لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فاوجب براءته فيبرأ الكفيل ضرورة ويرجع (الكفيل)

فثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداءها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل *

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا

الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره لانه اوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة اي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة صورته ماذكر فى المبسوط انه لو صالح على مائة درهم على ان يبرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين *

قوله فيثبت الادنى وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك لان قوله برئت يحتمل البراءة بالقبض ويحتمل البراءة بالابراء فقد تيقنا بحصول البراءة باي امر كان وشككنا فى الاداء فلا يثبت بالشك وفرق محمد رح بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا والفرق هو ان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت البراءة بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا **قوله** لما فيه من معنى التمليك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط (قوله)

لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل من المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء او المغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة *

قوله لان العقوبة لا تجري فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك فعلي بدله لم يصح **قوله** لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء وانما يسقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقيق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما امكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقق معنى الضم فيها ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة بامانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح اصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح واما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة **قوله** خلافا للشافعي رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها اي بقيمتها قال الشافعي رح لا يصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها والكلام فيه راجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الديون (لا)

ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فانكانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابيحنيفة ومحمد وقال ابويوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس

لا الاعيان ولان من شرط صحة الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الايفاء من عنده وهذا متصور في الديون ونحن نقول بان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل فصح الالتزام من الكفيل *

قوله ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض اي بعد دفع الثمن الى البائع او بتسليم الرهن بعد القبض اي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده حتى يقضي الدين وفي الايضاح وان كفل كفيل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا قضي الدين فان هلك سقط الضمان **قوله** فهو باطل لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز عنه لانه لا ولاية له في الحمل على دابة غيره **قوله** ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة اي في بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر هذه المسئلة في الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولهما وهو قول ابي يوسف رح الاول ثم رجع وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال في موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف (عند)

الافي مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ

عندابي يوسف رح وفي قوله الآخر حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز كذا في النهاية وذكر العلامة النسفي في الكافي اختلفوا على قوله فقيل عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب ينفذ والا تبطل وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل ولا الزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كانه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه عقد تمليك على معنى ان المطالبة لم يكن مملوكة له وملكها بعقد الكفالة والتمليك بالشطرين فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس *

قوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله الا بقبول المكفول له في مجلس العقد اي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان واما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة ايضا لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته او لغيرهم لم يصح اذ ضمنوه فكذلك ههنا **قوله** لان ذلك وصية في الحقيقة اي فيه معنى الوصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال لا ان يكون ذلك وصية من كل وجه لانه لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق الورثة (والغر)

ولايشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح * ولوقال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ فيه *

قال واذامات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رحمهما الله وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب

والغرماء متعلق بتركته بمرضه على ان يتم ذلك بموته ويتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب اونائبه لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته اويقال انه اي المريض قام مقام الطالب لحاجته الى ان يقوم مقام الطالب في تفريغ ذمته وفيه نفع الطالب ايضا وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا احضر الطالب وقال للوارث تكفل عن ابيك لي *

قوله ولا يشترط القبول اي قبول المريض لانه يراد به التحقيق دون المساومة وهذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغي ان يكون قبول المريض شرطا كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا لما ان الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له كما لوقال المشتري لرجل بعني فقال البائع بعت لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت ولايقوم قوله بعني مكان قوله اشتريت فاجاب ان الظاهر من حال المريض ان يريد بهذا التحقيق دون المساومة فكان قوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت المرأة زوجت كان هذا بمنزلة قولهما زوجت وقبلت **قوله** ولوقال المريض ذلك لاجنبي نضمن الاجنبي دينه اختلف المشائخ رح فيه قال بعضهم لايصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لايوجد من الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله)

ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولوتبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به
كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب
لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

قوله ولم يوجد المسقط وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حيوته فلا يسقط الا بالايفاء
او بالابراء اوبانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك فلهذا يؤاخذ به
في الآخرة ولوتبرع انسان بقضائه جاز التبرع عن الميت ولوبرئ لماحل لصاحبه الاخذ
من المتبرع ولوكان بالدين كفيل بقي على كفالته ولوسقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل
لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل **قوله** في حق احكام الآخرة اي في حق الاثم
قوله كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل يعني ان شرط الكفالة بدين قيامه في ذمة
الاصيل والدين ههنا غير ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة اعني فعل
تمليك المال او تسليمه الا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة
الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم
والاثم على الاخلال به وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل
تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتحصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى
ايفاء المال او تمليكه واذا ثبت ان الدين عبارة عن الفعل وانه يفتقر الى القدرة لان
وجوبه بدونها تكليف العاجز ولا قدرة هنا اما بنفسه فظاهر وكذا بخلفه لانه لم يبق عنه
كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفلسا فكان عاجزا اصلا فيسقط
الدين ولا يقال لوكان الدين هو الفعل لما صح قولنا وفي الدين لان معناه حا وفي الايفاء
لانا نقول المراد به انه اتى بهذا الفعل وهو تمليك المال او تسليمه فان قيل المال يوصف بالوجوب
ايضا يقال على فلان الف درهم ثمن بيع اوضمان استهلاك قلنا يوصف به مجازا باعتبار انه
محل الواجب كالموهوب يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصابا للزكوة ويجوز(١)

والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل اوله مال فخلفه اوالافضاء الى الاداء باق *

قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس لد ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي

الشراء به وهبته ممن عليه وهذه احكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة والسلم يكون في الاموال دون الافعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقضي عليه بالافلاس والعبد المحجور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت قلنا الدين عبارة عن الفعل الا ان الشرع اجرى عليه حكم الاموال من انعقاده نصا بالارث وجواز الشرى به لكونه وسيلة الى المال وللشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه فعل له حكم الاموال وهذا يكفي لجواز السلم فيه واما المقضي عليه بالافلاس واختاه قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة الوجوب لما ذكرنا ان الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضي تلك الحالة استحقاق العقاب على تركه والاخلال به واذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمه عذر مانع عن استحقاق العقاب على الترك والاخلال به ثبت اصل الوجوب واثره وهو التكليف بالاداء لا محالة وان كان ثمه مانع من استحقاق العقاب ثبت اصل الوجوب وتقاعد عنه اثره وهو التكليف بالاداء والامر به *

قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين اي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل فلهذا لو اقر رجل ان لفلان على فلان كذا وانا كفيل بذلك المال تصح الكفالة وعليه اداء الدين **قوله** فخلفه اوالافضاء الى الاداء اي اذا كان به كفيل فخلفه باق واذا كان له مال فما يفضي الى الاداء باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقيا في حق احكام الدنيا واذا تبرع به غيره صح لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجود الدين على ان صحة التبرع بناء (على)

ولانه ملكه بالقبض على مانذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده * وان ربح الكفيل فيه فهوله لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لوا برأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه

على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بقدرها فيظهر في حق من عليه دون من له *

قوله كمن عجل زكوته الى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة وثمنا عند مضي الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترده

قوله ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله اما اذا قضى الدين فظاهر الى آخره هذا اذا دفع المطلوب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له اني لا آمن ان ياخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المودى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمودى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا في الكافي لكن ذكر في كتاب الكفالة من الكبرى قال الحسن بن زياد رح وقال ابو الليث رح هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء اما اذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد وقال نجم الائمة المكي رح واليه وقعت الاشارة في باب الكفالة بالمال من الاصل فانه مال الكفيل يكون امينا **قوله** فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا قلنا ان للمكفول عنه اذا رهن عينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين ولوا برأ (۱)

الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع * ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها و ربح فيها فالربح له في الحكم لما بيناه انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رح هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا حتم لان الحق له *

قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة

الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه له يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد الاداء *

قوله الا ان فيه نوع خبث اي على قول ابي حنيفة رح ونبينه وهو قوله في تعليل قول ابي حنيفة رح وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد الى آخره **قوله** لكنه استحباب لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا ايجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك اصلا كان الربح خبيثا فانكان صحيحا من وجه فاسدا من وجه امرناه بالتصدق او بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا توفيرا على الشبهين حظهما فاذا رده الى المالك انكان فقيرا طاب وانكان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه واما اذا اعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند ابيحنيفة ومحمد رح الله وطاب له عند ابي يوسف رح لما عرف **قوله** ومعناه الامر ببيع العينة اي النسيئة والعينة السلف ويقال باعه بعينة اي نسيئة كذا في المغرب (١)

مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشرى للمشري وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد *

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء

اي معنى قوله يتعين عليه حريرا اشترلي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني *

قوله مثل ان يستقرض من تاجر عشرة هذه صورة بيع العينة فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثنى عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل لي ربح درهمين وفيه صورة اخرى وهو ان يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثالثا في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما خللا بينهما ثالثا تحرزا عن شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وبيع العينة مكروه ذميم اخترعه آكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشترلي ثوبا لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك علي غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان (انما)

او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستأنف كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح * ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فيبطل ضمانه كمن يقول لآخر بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا له ضامن وقيل هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ تعين لي حريرا مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذ لم يبين نوع الحرير ولا مقدار الثمن لان بيع العينة لا يتحقق الا بازيد من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولة وان كان الدين معلوما وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمن مجهولا *

قوله او مال يقضى به معطوف على قوله مال مقضي به **قوله** وهذا ماض اي قوله بما ذاب له او قضي له ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك اي المكفول به مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعي في دعواه ان له على المكفول عنه الف درهم لم يتعرض ان القاضي قضى به بعد الكفالة وليس من ضرورة كون الالف على الاصيل ان يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه الا اذا حضر الاصيل وقضي عليه فح يلزم الكفيل وقبل ذلك كانت على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب اني قدمت المط بعد الكفالة الى فلان القاضي واقمت البينة عليه بالف وقضي لي بذلك عليه فصرت كفيلا بذلك صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزم **قوله** وانما تقبل اي البينة من المدعي في هذه المسئلة وهي ما اذا اقام البينة ان له على (فلان)

وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره

فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذاب له او بما قضي له فكان المكفول به مالا موصوفا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة فما لم يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب على الكفيل فكان دعوى المدعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك لم تقبل واما ههنا ادعى المدعي على الكفيل الكفالة بمال مطلق اي غير موصوف بانه قضي به على المكفول عنه واقام البينة على وفق دعواه فلذلك يقضي به على الكفيل **قوله** وانما يختلف بالامر وعدمه اي فيما اذا كان بالامر يقضى به على الاصيل ايضا وفيما اذا كان بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بامر لم يصح القضاء بغير امر وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون معاوضة ولان امر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة واذا كانت الكفالة بغير امر فليس من ضرورة صحتها التعدي الى الغائب لانها لا تمس جانب المكفول عنه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل ولو قال تكفلت لي عن فلان بكل مالي عليه وانه كان لي عليه الف درهم وبرهن على المال والكفالة قضي عليه وعلى الغائب ادعى الامر اولا الا اذا كان بامر يرجع والا لا والفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لي على فلان كذا وهذا كفيل عنه واقام البينة قضي على الكفيل (خاصة)

ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه *

خاصة ان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه اقرار بوجوبه عليه من جهة الكفيل وذا كاف لصحته فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل واما قوله كفلت لك بكل مال لك عليه فليس باقرار منه لوجوب شيء عليه لانه لم يقدره الا ترى انه لو كفل هكذا ثم انكر المال على الاصيل كان القول له فصار تقديره بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء واذا صار معلقا صار القضاء بالمال على الاصيل شرطا لوجوب المال على الكفيل فصار القضاء على الكفيل مقتضيا لشرطه ولان في الكفالة المبهمة لما لم يمكن اثبات شيء على الكفيل الا باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصما عنه وامكن اثبات المال على الكفيل فيما اذا كان الكفالة بمال مقدر فاقتصر على الكفيل قال مشائخنا رح وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب الا ترى ان من قذف رجلا وادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه البينة انه كان عبدا لفلان وقد اعتقه قضي بعتقه لانه ادعى لنفسه حقا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن الغائب فصار القضاء عليه قضاء على الغائب *

قوله ونحن نقول صار مكذبا شرعا هذا كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذبا شرعا والفرق لمحمد رح بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب واراد ان يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني * (قوله)

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع * ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرارا بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتّا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين *

قوله وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل في المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا في نقض ما اوجبه ومن سعى في نقض ما اوجبه من جهته ضل سعيه في الحيوة الدنيا **قوله** ولو شهد وختم اي كتب شهادته في صك الشرى وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما واقرارا بان المبيع ملك البائع لان البيع كما يوجد من البائع يوجد من غيره وله ان يقول انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة اولا تأمل ان في هذا العقد ضررا فارده اونفعا فاجيزه والشهادة لا تكون مشروطة في البيع ايضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته اولم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى واما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو اخبر ان (فلانا)

* فصـــــل في الضمان *

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن اومضارب ضمن ثمن متاع (رب المال) فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لوصح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولوصح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه يصح دعواه **قال** مشائخنا رحمهم الله الجواب المذكور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشرى او كتب جرى البيع بمشهدي اوكتب اقرا بالبيع والشرى عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه اوباع بيعا باتّا نافذا وهو كتب شهد بذلك فلايصح دعواه بعد ذلك ومتى كان في الصك باع فلان كذا او اقرانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه **وقوله** وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغيير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا والحكم لايتفاوت بين ان يكون فيه ختم ام لا *

* فصـــــل في الضمان *

قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن المشتري **قوله** لوصح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولوصح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه **وفي** الفوائد الظهيرية لامعنى لهذا الترديد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا ولا معنى للقول بان فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين (فكذا)

بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل *

قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه

فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قيل انه لو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب احدهما للآخر ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشائخنا رحمهم الله ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء *

قوله بخلاف ما اذا باعا بصفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصفقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما **قوله** وان قبل الكل اي للمشتري ان يقبض نصيب احدهما اذا انقد حصته من الثمن وان قبل الكل وذكر الامام المحبوبي رح وان كان البيع صفقتين بان سميا لكل نصيب ثمنا صح ضمانه لانه لا شركة بينهما الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر يصح ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول **قوله** واما الخراج فقد ذكرناه وهو قوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخراج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب فى الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة فى الذمة فلم يكن في معنى الدين وفى الفوائد الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب به من عليه ويحبس فيه ثم قال كانه اراد به الخراج الموظف *

(قوله)

وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لاتؤدى بعد موته من تركته الابوصية واما النوائب فان اريد بها مايكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ماليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ رح وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي

قوله وهو يخالف الزكوة اي الخراج يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية وهذا لان واجب الزكوة فعل هو عبادة والمال محل لاقامة ذلك الواجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذات من حريم الدين والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج واما النوائب فان اريد بها مايكون بحق ككري النهر المشترك نحو ان يقضي القاضي بكري نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فابى واحد منهم من الكري وانفق شريكه بامر القاضي يصير حصة الآبي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ماوظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال او يحتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهو واجب مضمون تصح الكفالة به وان اريد بها ماليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشائخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ هنا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بها لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من (قضى)

واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها اوحصة منها والرواية با و وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ماينوبه غير راتب والحكم مابيناه * ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقرله هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقرله هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لادين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لايثبت الابشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار

قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره * **قوله** واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها فحينئذ يكون الرواية بالواو اوحصة منها فيكون ح بين القسمة والنوائب مغايرة والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلثة اشهر والمراد بالنوائب ماينوبه غير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لايقع وقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن انسان بها لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسمة صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بسكون السين وحذف التاء كذا في الفوائد الظهيرية وقيل اراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة **قوله** والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشائخ **قوله** لانه لادين عليه في الصحيح احترازعن القول الآخر بانه يجب للطالب على الكفيل دين ايضا **قوله** فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين *

(قوله)

اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه *

قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف رح انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

قوله اما الاجل في الكفالة نوع يعني لما كان نوعا وجب ان يقبل قوله في بيانه لانه لا يدعي العارض بخلاف الاجل في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول وذلك لان عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جميعا فكان الاقرار بالدين وهو المذكور اولا في الرواية ملحقا بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا ومذهب ابي يوسف فيما يروى عنه على عكسه وحجة الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد نوعي الدين فالقول قوله وحجة ابي يوسف رح انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا فكذا دعوى الاجل **قوله** والفرق قد اوضحناه اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر اقر بالدين الى آخره **قوله** لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع ولهذا لو اجاز المستحق البيع بعد قضاء القاضي له صح البيع ولو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية نفذ حكم القاضي (للمستحق)

وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل * ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابيحنيفة رح لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعند هما هو بمنزلة الدرك

للمستحق بعد اعتاقه وانما يصير كفيلا اذا قضي بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان يأخذ الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الاستحقاق لاينفي ابتداء البيع فاولى ان لاينفي البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية وجه الورود ان بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق * **قوله** وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب الماذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقض حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخذ العين بحكم الحاكم دليل الفسخ فينفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان ياخذ الكفيل اذا قضي عليه بالاستحقاق **قوله** فضمن له رجل بالعهدة اعلم ان ههنا ثلث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمان العهدة باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمان الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما جائز لان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وابو حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخليص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيئا لا يقدر عليه **قوله** لان هذه اللفظة مشتبهة (اي)

وهو تسليم المبيع او قيمته فصح *

* باب كفالة الرجلين *

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه

اي لفظة العهدة قد تقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وقد تقع على العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه لانها من ثمرات العقد وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرفيق ثلثة ايام اي خيار الشرط وعن ابيبوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان العهدة يصح ويكون عبارة عن ضمان الدرك تصحيحا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وابو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال * **قوله** وهو تسليم المبيع او قيمته اراد به الثمن والله اعلم *

* باب كفالة الرجلين *

قوله ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين لان المطالبة بالدين ولا دين محال **قوله** وفي الزيادة لا معارضة اي من كل وجه وفي النصف ايضا لم يكن معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة صورة ولا دور ايضا لان المؤدي لما نوى عما كان عليه بطريق الاصالة برئ صاحبه عن الكفالة فاذا جعل المؤدي الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدي (قوله)

فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مرّ وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض

قوله فيؤدي الى الدور لانه لو جعل شيء من المودى من صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائي فان جعلت شيئا من المودى عني ورجعت علي بذلك فلي ان اجعل المؤدى عنك كما لو اديت بنفسي فيفضي الى الدور **قوله** ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك يريد به ان معنى ما قال في الكتاب واذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالكل وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل ايضا وانما قال في الصحيح لانهما لو كفلا بالالف كان الالف منقسما عليهما نصفين ثم اذا كفل احدهما عن صاحبه فادى احدهما نصف المال فانه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المودى على النصف لان جهة الضمان قد اختلفت لان نصف المال كان واجبا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة والنصف الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفالة الثانية فنزل هذا منزلة المسئلة الاولى **قوله** والمطالبة متعددة يعني انما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل وكفيلا عن صاحبه لان موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة مطالبة على الاصيل ومطالبة على الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما **قوله** على ما مرّ اشارة الى ما مر من قوله لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله من اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان **قوله** وكما تصح الحوالة من المحتال عليه اي حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح فكذا في الكفالة (قوله)

بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى (فلا ينقض برجوع الآخر عليه) بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره **قال** واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بيناه ولهذا ياخذه به **قال** واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك

قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما اصيلا في النصف لان دين الاصالة مقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف **قوله** ولا يؤدي الى الدور لانه اذا رجع احدهما على صاحبه بنصف ما ادى ليس للآخر ان يرجع عليه لان قضيته الاستواء وقد حصل بخلاف ما اذا كان على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بان هناك جعل المودى عن الكفالة يؤدي الى الدور فلا يجعل **قوله** والآخر كفيل بكله على ما بينا اشارة الى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون كفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك **قوله** لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين وهي مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال كاتبتكما (على)

فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة **قال** ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف *

على الف الى سنة في الفوائد الظهيرية رجل كاتب عبدين له كتابة واحدة ثم انما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتبا على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا وهذا العقد صحيح استحسانا والقياس ان لا يصح لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا اذ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان ان هذا عقد يحتمل الصحة بان يجعل المال على احدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما في الولد المولود في الكتابة ويجعل كل واحد في حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة ففيما وراء ذلك العبرة للحقيقة* **قوله** فما اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف ما ادى والمال في الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب ان لا يكون له حق الرجوع مالم يزد المودى على ما يخصه كما في مسئلة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما ادى تحرزا عن تفريق الصفقة على المولى لان المودى لو وقع عن المودي على الخصوص يبرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا برئ عما عليه من البدل يعتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا ونظيره نصراني كاتب عبدين له نصرانيين على خمر كتابة واحدة فاسلم احدهما انقلب ما عليهما قيمة (قوله)

وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا

قوله وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت **قوله** المعتق بالكفالة فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في ابتدائه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما في موت الشهود والله اعلم

* باب كفالة العبد وعنه *

قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق اي هذا هذه صفته وهي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان اقر باستهلاك مال وكذب به المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ به في الحال   (قوله)

فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول *

قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لايكون على العبد دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها

قوله فان ادعى رقبة العبد وفي الفوائد الظهيرية فان ادعى على ذي اليد رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد اثبات ملكه باقامة البينة لانه لوثبت ملك المدعي باقرار ذي اليد او بنكوله عند التحليف وقدمات العبد في يد ذي اليد قضي بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لايعتبر حجة في حق الكفيل **قوله** ومعنى الوجه الاول وهو ما اذا كفل العبد عن مولاه بامره ان لايكون وفي بعض النسخ ان يكون بغير حرف النفي والصحيح من الرواية ان لايكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح امر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير الاترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له ان يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاه صار كالاجنبي عنه حتى لايملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لايملك امره بالكفالة واما كفالته عن العبد تصح بكل حال سواء كان العبد مديونا اولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهي من ملك مولاه فاي فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة او باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر امواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبد رجل دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه (قوله)

وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لايستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابيحنيفة رح لانه كالمكاتب عنده

* كتاب الحوالة *

قال وهي جائزة بالديون قال عليه الصلوة والسلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم مايقدر على تسليمه فيصح كالكفالة *

قوله وقعت غير موجبة والفقه فيه ان الكفالة توجب دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل مؤجل الى وقت ادائه ولهذا لو ابرأ الكفيل الاصيل يصح ولا يرجع اذا ادى الكفيل بعد ذلک فتبين ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلک لم يكن العبد ممن يستوجب شيئا على مولاه **قوله** وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابيحنيفة رح لانه كالمكاتب عنده ولا يجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلک معللا بالعلة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المنافي لما ان للمستسعى عنده احكام العبد من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود وغيرها دون العلة الثانية لانه لايرد في حقه التعجيز وسقوط السعاية بالتعجيز *

* كتاب الحوالة *

هي اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله علي على رجل فاحتال زيد به على الرجل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وقولهم للمحتال المحتال له لغو لاحاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل كذا في المغرب وهي في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه **قوله** وهي جائزة بالديون قال عم من احيل على ملئ فليتبع فالامر بالاتباع دليل الجواز (قوله)

وانما اختصت بالديون لانها تنبيء عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره **قال** واذا تمت الحوالة بريء المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح لا يبراء اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء

قوله انما اختصت بالديون لانها تنبيء عن النقل والنقل في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي فيظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا اما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي فان قيل يشكل هذا بما اذا كانت الحوالة بغير امر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لك على فلان كذا فاحتل بها علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال اديت دينك على ان لا ارجع على المديون تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر المعنى دون اللفظ **قوله** وتصح برضا المحيل والمحتال صحة الحواله تعتمد قبول المحتال والمحتال عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو احاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحواله وكذا لا يعتبر حضرة المحيل ولا رضاه **قوله** واذا تمت الحوالة بريء المحيل وللمتأخرين اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة (و)

وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا *
قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توي

المطالبة والدين ام عن المطالبة دون الدين وانما اختلفوا لذكر محمد رح مسائل تدل على القولين اما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رح المطلوب احال طالبه على غريمه مقيدا بماله عليه برئ المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتال عليه او ابرأه لا يصح بالاجماع ذكره في الجامع وذكر فيه ايضا انها مختلفة بين المتأخرين وذكر في المبسوط عند ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها احال الكفيل الطالب على آخر برئ هو والاصيل ومنها وكل رجلا بقبض الدين فاحال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة اما من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رح المحتال ابرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتال وهب الدين من المحتال عليه فالمحتال عليه يرجع به على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط دين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحتال ابرأ المحتال عليه لا يرتد برده ولو وهب الدين منه يرتد برده وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين اجبر المحتال على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل لا يصلح وكيلا عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه علم ان الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار الحاصل ان الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل ان يتوى المال على المحتال عليه وتأجيل معنى حتى لو توي يرجع المحتال على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل في البعض ليكون عملا بهما *

قوله وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل جواب سوال وهو ان يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه لما اجبر على القبول اذا نقد المحيل كما لو (تبرع)

لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع * **قال** والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين وهواما ان يجحد الحوالة ويحلف

تبرع انسان بقضاء دينه لانه يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال قطعا وماذكرت موهوم قلنا المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا *
قوله لان البراءة حصلت مطلقة اي عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة للنقل والمنتقل من الاوصاف لا يعود ولنا انها مقيدة اي ان البراءة مقيدة بسلامة حقه له يعني ان الحوالة التي تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هي مقيدة بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح للتقييد كما اذا اقامت المرأة للخروج فقال الزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف الى هذه الخرجة التي قصدت في الحال حتى لو قعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق
قوله اذ هو المقصود اي وصول حق المحتال اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة لانه عقد توثق فيليق بحالة ابرام العقد واحكامه لا ابطاله فصار كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فوجده معيبا يرجع بنقصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذي انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيئا وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين كما كان فكذا هنا والجامع انها سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ * (قوله)

ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورائح

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر (ولا يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه) *

قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر

قوله ولا بينة له عليه او يموت مفلسا ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله او يجحد المحتال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت ولم يترك مالا ولا دينا ولا كفيلا ولو مات المحتال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافي القول للمحتال مع اليمين على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين **قوله** وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما يقال افلس اي صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما يقولان اعتبر القضاء بالافلاس في اخراجه من السجن فكذا في حق غيره وابو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا راح خلاف غدا اذا جاء او ذهب رواحا اي بعد الزوال والمعنى جاء وذاهب او عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوى (لا لتعذر)

ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه *

قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا

لا لتعذر الاستيفاء الا ترى انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور للتوى فى الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من ان يكون محلا صالحا للالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكما *

قوله ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة جواب سوال مقدر وهو ان يقال اذا احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رح اذا صار مال المضاربة دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احال رب المال على الغرماء اي وكل وتستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله وتحتمل المسئلة معنى آخر وهو ان المحتال اذا استوفى الالف وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكيلا ببيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول قول المحيل ح لان اصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملا لغيره والثمن انما وجب بالبيع فى المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبا له فى الظاهر فلذلك كان القول قوله **قوله** ومن اودع رجلا الف (درهم)

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده **قال** ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا *

درهم واحال بها آخر عليه فهو جائز الاصل ان الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه او بعين في يده بغصب او وديعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بدين او عين او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة ومؤجلة * **قوله** وحكم المقيدة في هذه الجملة اي حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين او بالدين والعين اما ان كانت وديعة او غصبا ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان للراهن بعد ما رهن لا يبقى حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال له لا يكون اخص بذلك العين او الدين الذي قيدت حوالته به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو اسوة لهم والمرتهن يكون اخص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن **قوله** بخلاف المطلقة وهي ان يقول المديون لرب الدين احلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه او العين الذي عنده من غصب او وديعة لانه لا تعلق لحقه اي لحق المحتال به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه او بذلك العين الذي عنده **قوله** بل بذمته اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه اي من الدين او عنده من الغصب والوديعة **قوله** ويكره السفاتج السفتجة تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وفي المغرب السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى (صديقه)

* كتاب ادب القاضي *

قال ولاتصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لوقلد يصح الا انه لاينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لاينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولوكان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة اوغيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رح وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رح في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق ابتداء يصح *

صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك اورده في آخر باب الحواله والله اعلم *

* كتاب ادب القاضي *

القضاء عبارة عن الاحكام لغة قال وعليهما مسرودتان قضاهما وعن الالزام شريعة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله والسنة فانه عليه السلام قضى وولى عليا ومعاذا والاجماع والمعقول ففي القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات والارض ودفع الظلم من الجاهل وهو ممايدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والملهوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء * **قوله** حتى يجتمع في المولى على لفظ اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية غيره اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على مايجيء ان شاء الله تعالى **قوله** فلان حكم القضاء يستقى من (حكم)

ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذارا عن النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله ع م من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس

حكم الشهادة اي يستفاد لان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير او ابى فالشهادة والقضاء كذلك وانما قلنا ان حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة اذ الشهادة بمنزلة الاصل والقضاء كالتبع لها الا ترى انه بني عليها *

قوله ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فيتقيد التقليد بحال عدالته فصار كانه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدالته فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرط بان يقول السلطان لرجل اذا قدمت بلدة كذا فانت قاضيها او يقول لرجل اذا اتيت مكة فانت امير الموسم فكذلك يصح ايضا تعليق عزل القاضي بالشرط

قوله وفي حد الاجتهاد كلام واصح ما قيل فيه ان يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس

قوله وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه اي منسوب الى علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه ايضا وليس هو بقدر علمه بالحديث او صاحب فقه له معرفة (با)

لان من الاحكام ما يبتني عليها **قال** ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رض تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف * **قال** ويكره الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله ع م من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمه فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد *

بالحديث اي منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث ايضا وليس هو بقدر علمه بالفقه * **قوله** لان من الاحكام ما يبتني عليها اي على عادات الناس كالاستصناع يجوز عرفا ويترك به القياس **قوله** لانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما ان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلوة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطرا عظيما وامرا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابح ولا ينجو منه كل طامح الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده وعن هذا اختار كثير من السلف التعذيب البليغ ولم يختره الا ترى ان ابا حنيفة رح دعي الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رح نظر الغضب وقال ارأيت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قضي قيد وحبس واضطر فتقلد **قوله** كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضاء شرطا لمباشرة القبيح لانه قبل القضاء لا يتمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما ولي القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطا لارتكابه **قوله** وكانما (ذبح)

نظر نسخه

قال وينبغي ان لايطلب الولاية ولايسألها لقوله ع م من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رض تقلدوا من معاوية رض والحق كان بيد علي رض في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لايمكنه من القضاء بحق لان المقصود لايحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه *

ذبح بغير سكين رواه ابوهريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لايؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلوائي رحمه الله يقول لاينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى رأسه بين يديه * **قوله** وينبغي ان لايطلب الولاية اي بقلبه ولا يسألها اي بلسانه **قوله** وكل الى نفسه اي فوض امره الى نفسه ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير منصور لان النفس امارة بالسوء وانما كان كذلك لان من سأل القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه فصار معجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق للصواب **قوله** في نوبته اي في نوبة علي رضي الله عنه وانما قيد به احترازا عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق في يد علي في نوبة ابي بكر وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله عنهم وقال ولكن ما قالوه باطل لاجماع الامة على صحة خلافة الخلفاء الراشدين ولو كان الامر على ما قالته الروافض لكان اجماع الامة على باطل ولا يجتمع الامة على باطل ولم يرو من علي رضي الله عنه ولا من غيره مخالفة ذلك الاجماع (قوله)

عح

قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة منها كيلا يشتبه على المولى وهذا السوال لكشف الحال لا للالزام * **قال** وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كان على فعل نفسه * فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة

قوله يسأل ديوان القاضي الذي قبله ديوان القاضي الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونصب الاوصياء والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما يحتاج اليه لمعنى من المعاني ومابيد الخصم لايؤمن عليه الزيادة والنقصان ويبعث رجلين من ثقاته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول او امينه والواحد يكفي والاثنان احوط ويسألان القاضي الاول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال اليتامى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما يسألان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما اشكل عليهما **قوله** حتى ينادي عليه اي يامر منا ديا ينادي عليه (كل)

ولايقبل قول المعزول لما بيناه الاان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الااذابدأ بالاقرار لغيره فيسلم (ما في يده) الى المقرله الاول لسبق حقه **قال** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله ع م انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله ع م يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلايمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها اوالى باب المسجد اويبعث من يفصل بينها وبين خصمها *

كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه ينادي عليه كذلك اياما فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تانى عليه اياما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم اخذ منهم كفيلا بانفسهم واطلقهم *

قوله ولا يقبل قول المعزول لما بينا اي لا يقبل قول المعزول ان المال الذي في يد زيد يكون لعمرو لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا الا ان يعترف الذي في يديه المال ان المعزول سلمه اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال لان من في يده مال اذا اقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره الا اذا ابدأ ذو اليد بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذي اقرله القاضي المعزول ثم قال دفعه الي القاضي المعزول فيسلم الى المقرله الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضي المعزول قيمة ذلك العين او مثله باقراره ان اليد كانت له فيأخذ المعزول ويسلم الى الذي اقر القاضي له ولو بدأ بالدفع فقال دفعه الي القاضي المعزول وهو لفلان آخر فالقول قول (١)

كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا باس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة *

قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ايضا وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها *

المعزول ويومر بالدفع الى من اقر له القاضي المعزول ولو قال صاحب اليد دفعه الى القاضي المعزول وقال هو لفلان بن فلان او قال دفعه الي ولا ادري لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول ولو انكر ذو اليد ما قاله المعزول كان القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه *

قوله كما اذا كانت الخصومة في الدابة فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود والاشارة اليها **قوله** لان في جلوسه وحده تهمة وهي تهمة الظلم والرشوة **قوله** ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما لم يفصل في الدعوة الخاصة بين ان يكون الداعي اجنبيا او ذا رحم محرم منه وقال في فصل الهدية لا يقبل الا من ذي رحم محرم منه فلا بد من التاويل بين المسئلتين قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان ذا رحم محرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة صلة للقرابة وانما احدث بعد القضاء فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبي سواء في هذا وما ذكر في الهداية انه يقبل من ذي رحم محرم فهو محمول على انه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة فاذا اهدى اليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول هكذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رح وفي مبسوط شيخ الاسلام الا ان يكون المضيف خصما فينبغي ان لا يجيب دعوته وان كانت عامة (قوله)

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال ع م للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين * ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي ع م نهى عن ذلك ولان فيه تهمة **قال** واذا حضرا سوى بينهما فى الجلوس والاقبال لقوله ع م اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسوبينهم فى المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه * ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه * ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابويوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل *

* فصـــــل فى الحبس *

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره

قوله ويعود المريض هذا اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعود لان ذلك يؤدي الى ايذاء الخصم الآخر والى التهمة قال عليه السلام على المسلم ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعوه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه فيه اشارة الى انه لو اضافهما جميعا فليس به بأس وفى المبسوط لا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه

قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله *

قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تويدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه

قوله ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك وهو اختيار الخصاف رح ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو اختيار ابي عبد الله البلخي وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويؤيد هذين القولين مسئلتان احدٰيهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر لتمسكه بالاصل وثانيتهما ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلتان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما اذ اقدامه على النكاح والاعتاق امارة قدرته على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة **قوله** والتخريج على ما قال في الكتاب يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا ترد ان نقضا على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون دينا على المدعى عليه مطلقا وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله * (قوله)

يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور مطله في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه * فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ رح قال في الكتاب خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى *

قوله يحبسه شهرين او ثلثة وهو رواية محمد عن ابيحنيفة رح في كتاب الحوالة وروى الحسن عن ابيحنيفة رحمهما الله انه يحبسه ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر وذكر الطحاوي رحمه الله انه يحبسه شهرا وقيل انه ارفق الاقاويل في هذا الباب لان ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دونه في حكم العاجل والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه حتى اذا مضت عليه ستة اشهر ووقع عند القاضي انه متعنت يديم الحبس وان مضى شهر او دونه ووقع انه عاجز اطلقه وهكذا روي عن محمد رحمه الله **قوله** ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وكيفية الشهادة على الافلاس حكي عن ابى القاسم انه قال ينبغي ان يقول اشهد انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة وقد اختبرنا امره في السر والعلانية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ **قوله** قبل المدة اي قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدة او تقدير الطحاوي او غيرهما وفي الذخيرة فان اخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان او شهد بذلك شاهدان فعن محمد رحمه الله فيه روايتان في رواية قال لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الجليل ابوبكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمه الله (و)

وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلي سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلانعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولايحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلايستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص * الااذا امتنع عن الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لايتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

وهكذا قال نصير بن يحيى وقال ابو بكر الاسكاف وعامة مشائخ ما وراء النهر ان القاضي يحبسه ولايلتفت الى هذه البينة وهذا لان البينة على الاعسار بينة على النفي فلاتقبل الااذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد لان الظاهر انه لوكان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس **قوله** وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه الى آخره وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في اول هذا الفصل انه اذا ثبت الدين على المديون بالاقرار لايحبسه في اول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بجواز الحبس متصلا باقراره حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت التناقض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تاويله بقوله ومراده اذا اقر عند غير القاضي الى آخره ازالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر **قوله** والحبس اولا ومدته اي بينا الحبس اولا ومدته فلا نعيده **قوله** ولا يحبس والد في دين ولده وكذا الام والجد والجدة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من اجبره على النفقة فابى حبسه اباكان اواخا اوجدا اوجدة او زوجا لان في ترك الانفاق عليهم سعيا في اهلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد **قوله** لسقوطها بمضي الزمان اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في حق هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس ايضا والله اعلم (باب)

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي فى الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين * فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة فى الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب

---

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي فى الحقوق اي فى الحقوق التي تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لما فى الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده اي عند القاضي المكتوب اليه للحاجة على ما نبين وهو ما ذكر بعده وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما ان اكثر الناس يعجزون من اداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه قيل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلا لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلا عنه فى الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى قاض آخر لان حكم القاضي قد تم ويحتمل ان يكون الخصم هو المدعى عليه وان يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعو سجلا لا انه يكتب الى قاض آخر او كان المدعى به مبيعا فاراد المدعى عليه الرجوع على بائعه وهو في بلدة اخرى (فطلب

والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل فى العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل فى الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابيوسف رح انه يقبل فى العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رح انه يقبل في جميع ماينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله **قال** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة

فطلب من القاضي ان يكتب بحكمه الى قاضي تلك البلدة وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل او المرأة وهو ليس بمدعى به انما المدعى شيء آخر فصار النكاح نظير الدين فى الذمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا اجاز كتاب القاضي فيه كذا هنا *

قوله والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة انما قيد الامانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين اذ لولم تكن مجحودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها **قوله** بشرائط تعرف في موضعه وهي ان يقيم المدعى البينة انه كان له عبد فابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب منها فاذا كتب وختم على ما يجيء وبعد ورود الكتاب على المكتوب اليه احضر ذلك القاضي المدعى عليه والعبد وفك الكتاب ونظر فى العبد وفى الكتاب فان وافق حلية العبد ما فى الكتاب ختم في عنق العبد بالرصاص ودفعه الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك واخذ منه كفيلا وامره بان يذهب به الى القاضي الكاتب فاذا ذهب به اليه امره القاضي الكاتب باعادة البينة على ان هذا العبد بعينه ملكه فاذا اعاد يقضي القاضي الكاتب به له ثم يكتب الى قاضي تلك البلدة ان يبرئ كفيله وفي بعض الروايات عن ابيوسف رح (١)

بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية *

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابيحنيفة ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابويوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابييوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رح قول ابييوسف رح * فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب

ان القاضي لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى القاضي المكتوب اليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه اليه حتى يقضي له بالعبد بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي الى القاضي في الجواري كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بها معه على يدي امين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطئها وان كان امينا في نفسه لانه يزعم انها مملوكته وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبيجاب وعليه الفتوى *

قوله بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم لان كتاب ملك اهل الحرب ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شاء اعطاه الامان وان شاء لم يعطه فلا يشترط البينة

قوله ويسلمه اليهم اي الى الشهود وعمل القضاة اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة رح (يسلم)

لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لومات او عزل اولم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لايقبل اخباره قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لومات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف

يسلم المكتوب الى الشهود كذا في النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخي رح * **قوله** لانه للنقل لا للحكم وهذا لان الشهادة في حق الكاتب للنقل فلايحتاج فيه الى حضور الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة عليه اولان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارته ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذا هنا **قوله** ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا **قوله** حتى لومات او عزل قبل وصول الكتاب لايقبله وفي الذخيرة واذا مات القاضي الكاتب قبل ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لايعمل عندنا وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي وهو قول الشافعي يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما فيبطل (با)

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشائخنا رح لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما *

* فصـــــــل آخر *

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول

بالموت فاما اذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية * **قوله** بخلاف ما لو كتب ابتداء اي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضاء ولهما ان اعلام الكاتب والمكتوب اليه شرط ويحصل الاعلام بهذا والله اعلم *

* فصـــــــل آخر *

قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وهو ما قال في اول الكتاب فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية **قوله** ولا كذلك القضاء لان القضاء غير موقت لا يفوت بتاخيره عند العذر والجمعة موقتة تفوت بتاخيرها عند العذر اذا لم يستخلف ومن ولاه لما امره بذلك مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد صار راضيا باستخلافه (قوله)

او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله (الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح) **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

قوله او قضى الثاني أي بغيبة الاول فاجاز الاول كما في الوكالة فان الوكيل اذا وكل غيره ولم يأذن له الموكل في ذلك فعقد وكيله بحضرته او بغير حضرته واجاز الوكيل الاول جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد وجد فان قيل الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وانه لا يملك الاذن في الابتداء فلماذا يملكه في الانتهاء قلنا الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه اما حكم الذي اذن له القاضي في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وقت نفوذه فلهذا علمت اجازة القاضي في الانتهاء ولم يعمل اذنه في الابتداء واذا فوض اليه ذلك اي الاستخلاف بان قال له الخليفة ولّ من شئت كان له ان يولي غيره ويصير الثاني نائبا عن الاصل اي الخليفة حتى لا يملك القاضي الاول عزله ولا ينعزل بموته الا ان يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله وانما يكون هكذا لان الخليفة انما رضي بتصرفه لديانة وامانة والناس يتفاوتون في ذلك ولهذا قلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ما ذكرنا الوصي فانه يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء لانا نقول ان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي على الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضاربة حيث ينعزل بموت المضارب ولا ينعزل وكيل الوكيل بموت الاول لان المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال نهيه عن التصرف في مال المضاربة بعد ما صار مال المضاربة عرضا ولا كذلك الوكيل الاول **قوله** الا ان يخالف الكتاب كما اذا قضى قاض بشاهد ويمين فانه يخالف الكتاب لانه تعالى (قال)

وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلاينقض بما هو دونه ولوقضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابى حنيفة رح وانكان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لايكون مخالفا لما ذكر والمراد بالسنة المشهورة منها

قال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا يرتابوا ولا مزيد على الادنى اوالسنة اي المشهورة منها كالحكم بثبوت الحل بنفس العقد بدون الوطئ فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعة لاحتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك اوالاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمدا فانه مخالف لما اتفقوا عليه فى الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف ولا اختلاف والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول فالحكم بجواز ابيع الدرهم بالدرهمين لاينفذ لان الخلاف فيه محكي عن ابن عباس رضى الله عنهما وقد انكرت عليه الصحابة رضى الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور عليه *

قوله وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفائدة رواية الجامع الصغيران الذي قضى به القاضى مختلف فيه بين الفقهاء والقاضى الآخر يرى غيرذلك ومع ذلك امضاه ولم يكن هذه الفائدة في رواية القدوري فلهذا جمع بين الروايتين هذا دابه في امثاله **قوله** والاصل ان القضاء متى لاقى مجتهدافيه ينفذ ولايرده غيره فقد صح عن عمر رضي الله عنه انه لما كثرت اشغاله قلد القضاء ابا الدرداء رضي الله عنه فاختصم اليه رجلان في شئ فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضى الله عنه المقضي عليه فسأله (عن)

وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف

من حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينتقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيانته ومن صيانته ان لا ينتقض ولا يعترض عليه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزعمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفي الفصول محالا الى المحيط والذخيرة واذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوز وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب *

قوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف لا اختلاف يقال جمهور الناس اي جلهم واكثرهم يعني ان الاجماع ينعقد باجتماع اكثر اهل الاجماع على حكم وان كان الاقل منهم يخالفهم لان العبرة للاكثر هذا بظاهره يخالف ما ذكره في نسخ اصول الفقه ان الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا للحال لم ينعقد اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لدليله لا بحيوته وبموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على ان الاجماع لا ينعقد اذا كان المخالف حيا وان كان (و)

والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول *

وان كان واحدا وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه وكان الكرخي رحمه الله يقول شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع اكثرهم على شيء وخالفهم واحد او اثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله ايضا لان النبي عليه السلام قال اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم قلنا فلا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ اصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكور هنا ووجهه ان المذكور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالف الاجتهاد ولم ينكروا عليه والمذكور هنا فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه ويؤيد ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي رحمه الله ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضوان الله عليهم في زوج وابوين وامرأة وابوين بان للام ثلث جميع المال وان لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التفاضل في اموال الربوا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله *

قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فقال في الذخيرة انما اعتبر الخصاف رحمه الله الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم من بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى ان العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف الا ترى ان القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد وقصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف رأيه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق (نفاذ)

فب

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابيحنيفة رح و كذا اذا قضى با حلا ل

نفاذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ وانه وان ورد في باب المداينة الا ان العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود نفذ قضاؤه لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البستي كانا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة *

قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابيحنيفة رحمه الله فمن صور التحريم ما اذا ادعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت على ذلك شهود زور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابيحنيفة وهو قول ابيوسف الاول رحمهما الله لا يحل للزوج الاول وطئها ظاهرا و باطنا ويحل للزوج الثاني وطئها ظاهرا و باطنا علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني احد الشاهدين اولم يعلم بحقيقة الحال بان كان الزوج الثاني اجنبيا واما على قول ابيوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا يحل للثاني وطئها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطئها وهل يحل للاول وطئها على قول ابي يوسف الآخر قيل لا مع انه لم تقع الفرقة عنده باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول ابيوسف الآخر يحل للاول وطئها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني الآن لا يحل للاول وطئها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال (او)

وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود و الفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح *

اولم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد واقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في قوله الاول وعند محمد وابي يوسف في قوله الآخر لا يحل لهما ذلك وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله ويعني بالنفاذ ظاهرا ان يسلم المرأة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطئها ويحل لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء بها ظاهرا لا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا فصار كما لو كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف والمشهود له يعلم حالهم والقاضي لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهرا لا باطنا وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغير او معتدة الغير بشهود الزور فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا اجماعا وله ان القضاء اظهار لعقد سابق ولابد من عقد سابق فيها والا تقدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لينقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما لا قطعا فان قيل لو كان قضاؤه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليشترط الشهود عند قوله قضيت قلنا قد قال شمس الائمة السرخسي رح وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده بقوله قضيت الا بمحضر الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عني على الف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم يصر شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر حجة ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبني الامر على كون الشهود صدقة عنده *

قوله اذا كان الدعوى بسبب معين بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل او ادعى (على)

قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فيظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح

على امرأة نكاحا اما اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب واقام على ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطئها بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها اذ الملك يثبت تارة بالشرى واخرى بالارث وغيره فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا بلا سبب ليس في وسع العباد وفي النكاح والشراء يقدم النكاح والشراء اقتضاء تصحيحا للقضاء وللقاضي ولاية على ان يملكه بذلك السبب في الجملة فينفذ قضاؤه باطنا وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابيحنيفة رح وفيما اذا ادعى شراء الجارية باقل من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطنا لان فيه تبرعا بمقدار الغبن وقال بعضهم ينفذ باطنا عنده كما في سائر المبادلات *

قوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينة مع ان سكوته محتمل للاقرار قلنا لان القاضي يجعل سكوته عن اليمين اقرارا وبذلا للحق **قوله** لان احكامهما مختلفة اي احكام القضاء مع البينة عند الانكار واحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة وعلى الاصيل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بيانه رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله)

ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان مايدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب

قوله ومن يقوم مقامه اي قوله في اول المسئلة الا ان يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه ان يكون بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي مسخرا عن الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي ان ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه **قوله** حكما اي من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان مايدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر اي سببا لامحالة كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذو اليد وقال الدار داري واقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصما عن الغائب لان مايدعي على الغائب وهو الشرى منه سبب لثبوت مايدعي على الحاضر لان الشرى من المالك سبب له لامحالة وكما اذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه واقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام المدعى عليه البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضى بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره وكما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضى بالشرى في حق ذي اليد والغائب جميعا اما اذا لم يكن سببا لا محالة لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني ان احملك اليه فقالت المرأة انه كان طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر الطلاق فالمرأة (تحتاج)

اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع * **قال** ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

تحتاج الى اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لا محالة فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا انه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالطلاق والعتاق عملا بهما *

قوله اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر في جعله خصما عن الغائب هذا قول عامة المشائخ فاما على قول بعض المتاخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس الاسلام محمود الاوزجندي رحمهما الله فللشرط اعتبار ايضا كما للسبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورته رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب واقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتاخرين بقبول هذه البينة هذا اذا كان شرطا يتضرر به الغائب اما اذا كان شرطا لا يتضمن ضررا كما لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البينة ان فلانا دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وان اقرض الوصي ضمن والفرق ان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس لان الاستقراض في العادات ممن هو مفلس ولهذا احل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة (هنا)

* باب التحكيم *

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى

هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأمون التوى باعتبار علم القاضي ولتمكنه من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرعا في حق الوصي والاب في اصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد فربما جحد المستقرض ولا يجد شهودا يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فما كل بينة يعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدي القاضي ذل وصغار فكان اضرارا بهم فلهذا لا يملكانه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي في رواية لان ولاية الاب يعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال ليس للاب ان يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاف في ادب القاضي فقال ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال اليتيم لو اختل احد منهم اخذ المال من يده لان القاضي وان كان له استرداد المال شرعا لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى انه لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز له ان يقرضه مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس ايضا *

* باب التحكيم *

قوله واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيار المقام او لاختيار الفرقة والصحابة رض كانوا مجمعين على جواز التحكيم (قوله)

ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة (فلا يستباح برضاهما) قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات (كالطلاق والنكاح وغيرهما) وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه

قوله ولكل واحد من المحكمين ان يرجع فان قيل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا اذا لم يرض احدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه **قوله** وان خالفه ابطله لان لهما ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفعا اليه فلا يبطل رأيه بحكم الحكم **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فهما يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز **قوله** تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات فانها رواجع والطلاق المضاف وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام

(قوله)

ومخالف للنص ايضا الا اذا اثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع مالا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه

قوله ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك ان النبي عليه السلام قال للاولياء قوموا فدوه **قوله** ولو اخبر باقرار احد الخصمين يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك وانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هنا الا ان يخرجه من الحكم او يعزله عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قوله ان بنى على علوه يعني زيادة على ما كان (قوله)

قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فمنع عنه **قال** واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة

قوله قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح يعني ان ابا حنيفة رح انما منع صاحب السفل عن ان يتدفيه وتدا او ان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو متضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه **قوله** تعلق به حق محترم اي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا لان بالمنع يفوت المنفعة دون العين وبالاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جميعا فكان ضرر الاطلاق راجحا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو اشارة الى ان القياس قول ابيحنيفة رح فوجب منعه **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة ينشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة اي الزائغة الثانية المنشعبة ولا فرق في الاولى بين ان تكون نافذة او غير نافذة في ان لا حق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلاهل الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام التمرتاشي رح سكة طويلة غير نافذة في اسفلها من جانب اليمين او الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على جداره من الزقيقة لانه لا حق له فيها *

(قوله)

ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب وانكانت مستديرة قدلزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكلواحد منهم حق المرور في كلها اذهي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها *

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وانكان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما مر

قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الشركة في الطريق في تلك الزائغة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز ذكر في بعض شروح الجامع الصغير انما يصح الصلح اذا كان المدعى معلوما بان ادعى مثلا ثلثا او ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين ان المدعى ثلث او ربع او نحو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتداء انما يكون اذا توجهت اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداء فان ادعى حقا فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب اليد بالحق فيها حتى يصح الدعوى هكذا قيل الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح الدعوى ولو ادعى عليه انه اقر له بشيء يصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني وقال بعضهم يصح الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعي لان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعي يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيتحقق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امرأة وهي تنكر فصالحته على مال جاز بالاتفاق وان لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله

قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحده كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ

قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة لانه قال جحدني الهبة فاشتريتها منه والفاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله هذا هو التناقض بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق يريد به لو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا له بالشراء بعد الهبة تقبل لوضوح التوفيق لانه يمكنه ان يقول وهب منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وهذه المسئلة تدل على ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا امكن فلا كذا ذكر في الاقضية وذكر في رواية ان التوفيق من المدعي شرط وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق من غير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا لانه وان كانت الشهادة موافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرارا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك (١)

وبمجرد العزم ان كان لايثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها
ومايضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه

الاقرار بالرجوع عن الاقرار لايتمكن من اثبات الدار بالبينة واما دعواه الشراء بعد ذلك
يقرر اقراره بالملك في ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي ان لاتقبل بينته
في هذا الوجه ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة
فقد فسخها اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح لانه لايحتمل الفسخ
فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا اقدم
على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه
بعد ذلك فقد اشترى مالا يملكه فصح *

قوله وبمجرد العزم ان كان لايثبت الفسخ الى آخره جواب شبهة وهي ان يقال كيف
يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيء من العقود لايثبت بمجرد العزم الا ترى
ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لاينفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب
ان العزم قد اقترن بفعله وهو امساك الجارية ونقلها ومايضاهيه كالاستخدام الا ترى
ان من قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذها المستأجر
وذهب بها او ركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا وذكر في المحيط وتفسير العزم على ترك
الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولايكتفى بمجرد النية

قوله فيستبد بفسخه وفي الفوائد هذا فسخ من الاصل لكونه مضطرا الى هذا الفسخ ويبتني
عليه مسئلة ذكرها في بيوع الجامع وهي ان الرجل لو اشترى من رجل عبدا بالف درهم
وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشتري الآخر البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي
ولم يكن له بينة فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد به عيبا كان عند البائع
الاول فاراد رده عليه فاحتج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فالقاضي يرده عليه (و)

قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه

وهذا اذا عزم المشتري الاول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني اما اذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له ان يخاصم بائعه في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لجواز انه متى حلفه نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح واستحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج بزوج آخر لان النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع * **قوله** ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق اي وصل ام فصل وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير اقتضى مكان قبض **قوله** ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز وانما عينهما لان استبدال شيء بمقابلة الدراهم لا يجوز فيهما خاصة ولو لم يكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدالا بجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستوقة والزيف ما زيفه بيت المال اي رده وفي المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار النبهرج الدرهم الذي فضته ردية وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل استعير لكل ردي باطل ومنه نبهرج دمه اي ابطل الستوق بالفتح اردأ من النبهرج وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر والنحاس هو الغالب وفي المبسوط الستوقة كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين وهو معرب سه طاقه اي الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر

بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجياد اوحقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا اودلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفى الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف مازيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش ومن قال لآخرلك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقرله والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وانكرله ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى فيه انه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق

قوله بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى اي لا يصدق فيما اذا ادعى الزيافة بعد ذلك لانه تناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه فى الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وقيل في غير الجياد صدق موصولا وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان اقر بقبض حقه او الجياد او بالاستيفاء ثم ادعى الزيافة لم يصدق لان الاستيفاء يستعمل في قبض الحق وحقه جياد وقد اقر بقبضه وكذا لو اقر بقبض الذي له عليه ثم ادعى الزيافة وان وصل فالقياس كذلك وفى الاستحسان يصدق لانه ادعى مجاز كلامه متصلا اي قبضت حقي ذاتا لا صفة **قوله** بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكرله ان يصدقه اذا لاقرار بالدين يرتد برد المقرله وكذا الاقرار بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد اما الاقرار بالبيع لا يرتد برد المقرله وله ان يصدقه بعد الرد لان احد العاقدين لا يتفرد بالفسخ فبرده لا ينفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه والعلامة النسفي ذكر في الكافي اشكالا في هذا الموضع فقال ذكر فى الهداية لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد لانه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق وذكر قبله ولانه لما (تعذر)

اما المقرله ينفرد برد الاقرار فافترقا **قال** ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرء منه فيكون دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة مصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يوذي بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق

قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشرى فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه بريء اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع

تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب قلت لا تناقض بين كلاميه فيحتاج الى التوفيق لان مراده بقوله لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فيما اذا كان الآخر على العقد معترفا به كما اذا قال احدهما اشتريت وانكر الآخر لا يكون انكاره فسخا للعقد اذ لا يتم به الفسخ وفيما اذا قال اشتريت مني هذه الجارية وانكر فالمدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانفراده على العقد فيستبد بفسخه ايضا *

قوله اما المقرله يتفرد برد الاقرار بخلاف ما لو اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقرله ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة رح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد **قوله** لان التوفيق فيه اظهر لان كلمة ليس لنفي الحال فصار كانه قال ليس لك علي شيء في الحال لاني قد قضيت حقك الا ترى انه لو صرح به يصح **قوله** فيأمر بعض وكلائه بارضائه لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق فعلى (هذا)

وعن ابي يوسف رح انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهران شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان منا قضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على مامر *

هذا قالوا لوكان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة *

قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا اي في الدين وهو ان يكون البائع وكيلا من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بعتها صادقا ثم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون منا قضا ونظير ما ذكره ابو يوسف رح من التوفيق ما ذكره الامام التمرتاشي فقال اقام البينة على الشراء وذواليد ينكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعي قدرد المبيع علي قبلت ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول اخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فاقالني فاذا امكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب ان يتناقض لانه زعم انه لم يبع ثم ادعى البيع والفسخ والجواب عنه انه انما يتحقق المناقضة اذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد امكن بان يقول لم ابع بنفسي وانما باعه وكيلي ثم فسخت البيع فيحمل عليه فان قيل ارتفع انكاره بقضاء القاضي فصار مكذبا فلا يكون منا قضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان انكر قيام العيب لانه صار مكذبا شرعا قلنا التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة اذ الزوج والمولى يستبدان ثم كذلك لجواز ان لا يكون المشتري مطلعا على العيب فانكر بناء عليه ثم لما اقيمت البينة علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا لان مبناه ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قيل يشكل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فقضى القاضي عليه بالبينة بعد ما انكر فله ان يرجع (على)

قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى اوكتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابيحنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى

على المكفول عنه بعدما ادى الى المدعي عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما انه مكذب شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء قلنا انه انكر الكفالة دون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكارا للامر والرجوع باعتباره وقد ثبت بالبينة وقد ادى دينه فاستوجب دينا عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة من كل عيب لا تصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض *

قوله ذكر حق اي كتاب اقرار بدين **قوله** ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيلا قلنا الغرض من كتابة هذا اسقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل فان التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم عند ابيحنيفة رح وعلى تقدير الرضاء ههنا يلزم التوكيل بلا رضائه فان قيل ان هذا رضى بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة كالاقرار للمجهول قلنا انما يصح الرضاء بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد اسقط حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار لا اسقاط وقيل هذه المسئلة فرع لهذا الاصل وهو ان هذا الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة لمن اخرج هذا الصك فهذا الكلام لم يوجب فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشو لا يحتاج اليه فكان فاصلا بين الاستثناء وصدر الكلام **قوله** اوكتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه اي لو كتب صك الشراء (و)

ولو ترک فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب *

* فصـــــــل فی القضاء بالموا ريث *

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رہ القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الی اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فی الحال فيثبت فيما مضی تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا

وكتب في آخره فما ادرک فلا نافيه من ذلک فعلی فلان خلاص ذلک فان قيل هذا الكلام لغو لان الخلاص علی فلان لانه ضامن الثمن وهو عليه شرط او لم يشرط قلنا يكون اشتراطه توكيدا وفيه تحرز عن قول ابن ابي ليلی لان عنده لا رجوع بدون الشرط *

قوله ولو ترک فرجة اي بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت اذ الفرجة فی الصكوک كالسكوت فی النطق والله اعلم *

* فصـــــــل فی القضاء بالمواريث *

قوله تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة يعني اذا اختلف الآجر والمستاجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضي مدة يجعل الحال حكما فيه حتی لو كان الماء جاريا فی الحال كان القول قول الآجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعا كان القول قول المستاجر **قوله** وما ذكره يعتبره للاستحقاق والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق **قوله** فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال فالحاصل ان المرأة تتمسک في هذه المسئلة بما تمسک به الورثة فی المسئلة الاولی والورثة في هذه المسئلة يتمسكون بما تمسكت (به)

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقران ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقرانه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه

به المرأة فى المسئلة الاولى غيرانها فى المسئلتين تتمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لاثباته والورثة هم الدافعون جميعا فى المسئلتين فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجة لصاحب الطاحونة حتى يقضى بالاجر على المستاجر فقد تمسكت بالحال لاثبات استحقاق الاجر قلنا ثمه اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا فى التاكيد والظاهر يصلح حجة للتاكيد ولبقاء ماكان على ماكان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما فى الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة يؤيده ماذكر فى المبسوط انه لولم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وانكان يوما واحدا فلم يكن له ان ينقضها لزوال العذر ويمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب فى الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله فى الاصل اذا مات الرجل وترك ابنين فقال احد الابنين مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حيوته وقال الآخر صدقت وكنت ايضا مسلما اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موت الاب فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة قلنا ماذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلف فى الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا فى الماضي على خلاف ما هو ثابت فى الحال غيرانهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما الا ترى في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين (و)

حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا
كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه * فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا
وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده
عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا
ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح *
قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يوخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء
احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يا خذ الكفيل

وقال صاحب الطاحونة لا بل انقطع الماء شهرا فالقول قول المستاجر مع يمينه منقطعا
كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدرا وانقطاع مقدر وذلك غير
ثابت للحال فكذا الاختلاف هنا في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان اولم يكن.
والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدر فهذا هو الماخذ في المسئلة *
قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان صاحب اليد مقر بانه ملك الغائب وهو حي ويده
في الوديعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره
في ملك الغير بزعمه وهنا زعم ان الميت لم يبق مالكا وان المالك هو الوارث فلم يكن
في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير فلو دفع هل له ان يسترده قال شيخ الاسلام
علاء الدين رحمه الله ليس له ان يسترده لانه ساع في نقض ما اوجبه وروي عن ظهير الدين
المرغيناني رحمه الله انه تردد في ذلك ولو لم يدفع حتى هلك في يده قيل لا يضمن وكان
ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع
يوجب الضمان فكذا من وكيله **قوله** وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول
وهل يضمن للثاني اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن نصفه للثاني كذا في النهاية (قوله)

والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان فى التركة وارثا غايبا او غيرثما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابيحنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل

قوله والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا قالوا لا نعلم له وارثا غيره دفع اليه من غير كفيل ولا تان عندهم ولو شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر مايرى فان حضر وارث آخر يقسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وهل يأخذ كفيلا بما دفع اليه قال ابوحنيفة رضي الله عنه لا وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله يأخذ ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن اما اذا كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لابد فع المال اليه مالم تقم البينة على عدد الورثة او يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام التمرتاشي رحمه الله ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زمانا على حسب مايرى ذكر بكر رحمه الله ان في كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر يدفع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند ابيحنيفة رحمه الله لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة كذا في النهاية

قوله واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله وهي امرأة تستنفق وزوجها غائب وله عند رجل وديعة والمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا

قوله ان حق الحاضر ثابت قطعا اي فيما اذا لم يكن وارث آخر او ظاهرا اي فيما اذا كان (وارث)

كمن اثبت الشرى ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لايكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج (في ماله) ثابت وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قال واذا كانت الدار في يد رجل اقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي هو في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين

وارث آخر لكن القاضي مكلف بما ظهر عنده من الحجة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل ارأيت لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه*

قوله كمن اثبت الشرى الى قوله لايكفل اي لا يؤخذ الكفيل من المشترى الذي اثبت شرائه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد حتى بيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد علم ان المتيقن المعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لامر موهوم **قوله** او اقرار العبد اي اقرار العبد الآبق انه لفلان **قوله** وهذا يكشف عن مذهبه اي فان قوله وهو ظلم يكشف عن مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع الى مذهب اهل الاعتزال لما ان عندهم الاصلح واجب على الله تعالى فكان صيانة الله المجتهدين عن الخطاء وتقريرهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا ضرورة ان يقال كل مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول الى ابي حنيفة رحمه الله واليه اشار بقوله لا كما ظنه البعض وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف (بن)

وله ان القضاء وقع للميت مقصود او احتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض بده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا

بن خالد الشمني وكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معنى هذا الكلام انه مصيب في حق عمله حتى ان عمله به يقع صحيحا شرعا وان كان مخطئا للحق عند الله تعالى * **قوله** وله ان القضاء وقع للميت مقصود الان الوارث قال هذا ميراث ولا ارث الا بثبوت الملك للمورث ولهذا يقدم ديونه على الميراث وينفذ منه وصاياه **قوله** وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي جواب عن قولهما ان الجاحد خائن **قوله** والظاهر عدم الجحود جواب عما لوقيل لما جحد مرة فالظاهر انه يدوم على جحوده فقال والظاهر عدم الجحود في المستقبل لان من الجائز ان جحوده لاشتباه الامر عليه وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود وللقاضي ايضا وبعد ما صار مسجلا مثبتا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد لعلمه انه لا يلتفت الى ذلك ويؤمن تصرفه فيه لعلمه ان القاضي لا يمكنه منه **قوله** والنزع ابلغ فيه اي في الحفظ لانه ظهر جحود ذي اليد فيتصرف فيه اما لخيانته او لزعمه انه ملكه واما اذا وضعه القاضي في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فلا يتصرف فيه **قوله** ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب اي ولان المنقول محتاج الى الحفظ يملك الوصي بيعه على الكبير الغائب ولولا انه محتاج الى الحفظ لما ملك الوصي ذلك وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يعني في بيع المنقول من تركة الموصي ولا يكون له بيع منقول ملكه الصغير لا من جهة الموصي وهذا لان التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه وملك الورثة من وجه فاثبتنا للوصي الحفظ باعتبار ما بقي للميت من الملك (في)

وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يوخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا اقامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

في تركته دون مال آخر لان الموصي اذا كان غير الاب والجد لا يملك بيع مال الصغير لا للحفظ ولا للربح وانما ملك وصي هؤلاء بيع المنقول باعتبار ما بقي للميت من الملك لا باعتبار ما ثبت للورثة بخلاف وصي الاب لان له البيع باعتبار ما للميت وما للورثة اذا كانوا صغارا وفي الذخيرة اما وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير من الاب العقار والمنقول في ذلك سواء لان وصي الام قائم مقام الام والام حال حيوتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير العقار والمنقول المشغول بالدين والحال في ذلك سواء *

قوله وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ والحفظ بالترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه لو هلك في يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضامنا ولو اخذ من يده ووضع في يد امين لا يصير محفوظا معنى لانه غير مضمون عليه **قوله** واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة قال الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله وهو الاصح وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله عن بعض مشائخنا ان على قياس ابيحنيفة رح ينبغي ان يعيد البينة لان تلك البينة للحاضر خاصة كما في القصاص **قوله** الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة استثناء عن قوله لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين معناه ان استحقاق الكل على احد الورثة انما يكون استحقاقا على الباقين (اذا)

فتح

قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل

اذا كان الكل في يده وذكر في الجامع انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا تتوجه الا على ذي اليد فانما ينتصب احد الورثة خصما عن الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقي الورثة في دعوى الدين على الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة*

قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة اي يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكوة كالنقدين ومال السوائم واموال التجارة بقليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك يتعلق به الزكوة اذا انضم اليه غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا انذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بما له لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك **قوله** لانها خلافة كهي اي كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب المواريث في كل عين ودين **قوله** ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل اي في الحقيقة هما سيان لان ايجاب الصدقة (١)

وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة فى المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على مامر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

الصرف الى فاضل ماله في حيوته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلا لاستغنائه عنه بالموت*

قوله ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رح لان معنى الصدقة فى العشر راجح عنده ولهذا لا يجب على الكافر وعند محمد وهو قول ابي حنيفة رح لاتدخل لان فيه معنى المؤنه ولهذا لا يعتبر فيه المالك فاشبه الخراج **قوله** لانه اعم من لفظ المال لان الملك يطلق على المال وعلى غيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لايطلق على ماليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك في ان ينصرف لا كل مال يجوز التصدق به فصار كانه قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة فحينئذ ينصرف الى مال الزكوة وغيره كذا هذا والصحيح انهما سواء **قوله** والمقيد ايجاب الشرع وهو قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله ع م هاتوا ربع عشور اموالكم **قوله** وصاحب الغلة لشهر اي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤاجرها الانسان يمسك قوت شهر (قوله)

قال ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهران الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لوتوقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر*

قال ولا يكون النهي من الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية

قوله كما في تصرف الوارث لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه فكذا الوصي قوله ومن اعلمه من الناس بالوكالة اي سواء كان حرا او عبدا او كافرا قوله حتى يشهد عنده شاهدان اي يخبره مخبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط او واحد عدل ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشتبه ايضا وهو قوله حتى يخبره رجلان او رجل عدل وعن هذا اختلف المشائخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر الماذون فاسقين يثبت العزل والحجر بوجود احد الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتاثير العدد فوق تاثير العدالة الا ترى ان قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فاولى ان يثبت الحجر بالعدد وان لم يوجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالزام كخبر الفاسق الواحد في انه لا يكون ملزما وانه يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر الزام من وجه فكانت العدالة شرطا في المخبرين هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لانه (لو)

وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد اوالعدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا * **قال** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد

لو صح هذا الخبر لكان الزاما بقول الفاسق وذلك لا يجوز وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندواني رح وزعم انه هو المذهب عند ابيحنيفة رح ومعنى ما اطلق في الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة كذا في النهاية *

قوله وله انه خبر ملزم لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة من وجه ويشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف في ملكه فوجب ان يشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة توفيرا على الشبهين حظهما والالزام من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر مشروطا بلفظ الشهادة **قوله** بخلاف الاول اي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته كعبارة المرسل فصار كانه حضره وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده فباعه او اعتقه لا يكون مختارا للفداء عنده الا اذا اخبره عدل او مستوران خلافا لهما والشفيع اذا اخبره واحد غير عدل لا يبطل شفعته عنده والبكر اذا اخبرت بانكاح الولي فسكتت فان كان المخبر واحدا غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده والمسلم الذي لم يهاجر اي الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر فاخبر بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاؤها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذي قلنا وقال شمس الائمة السرخسي رح والاصح عندي انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه السلام **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي لاجل الغرماء وهم ارباب الديون ههنا واخذ المال اي الثمن (قوله)

كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان بانابة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه *

قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

قوله كما اذا كان العاقد محجورا عليه اطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور والعبد المحجور فان من وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما ففي الصبي لقصور اهليته وفي العبد لحق سيده والاصل انه اذا تعذر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في توكيل المحجور واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضي لا يأمر الوصي او امينه الا بعد طلب الغريم فيرجع المشتري على الغريم **قوله** لانه عاقد نيابة عن الميت وذلك لان الوصي قائم مقام الميت اما اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر واما اذا نصبه القاضي فكذلك لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي **قوله** فصار كما اذا باعه بنفسه اي المديون اذا باشر العقد بنفسه حال حيوته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته فيرجع المشتري على الوصي ثم يرجع الوصي على الغرماء **قوله** قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا وفي رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه ابو الليث رح يجوز ان يقال يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصي او للمشتري لان هذا الضمان لحقه لامر الميت وفي الجامع الصغير التمرتاشي رح ايضا والاصح انه يرجع وقال بعضهم لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره **قوله** والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم الوارث اذا احتاج الى بيع شيء من التركة (وهو)

* فصل آخر *

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال كثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة *

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها له عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا

وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه امين القاضي رجع المشتري على الوارث اذا كان اهلا وان لم يكن اهلا ينصب القاضي عنه وصيا فيرجع عليه ويؤدي هو من مال الصغير *

* فصل آخر *

قوله فان احسن التفسير بان يقول في حد الزنا اني استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا *

(قوله)

ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي * ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا * ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان * فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا * ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق * ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة *

قوله ولا يمين عليه اي على القاضي لانه لو لزمه اليمين فصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ والقاضي امين لا خصم **قوله** ولو اقر القاطع او الآخذ اي لو اقر القاطع بامر القاضي او الآخذ المال بامر القاضي بالقطع والاخذ بقضاء القاضي لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اي لان القاطع او الآخذ فعله في حالة القضاء فلا يضمن **قوله** ودفع القاضي صحيح اي ودفع القاضي المال الى رب الدين او المستحق الذي هو الآخذ صحيح لانه دفعه في حالة القضاء فالظاهر انه دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما اذا كان معاينا اي كما اذا كان دفع القاضي المال الى الآخذ بحكم القضاء في معاينة الماخوذ منه المال حكمه لا يضمن الآخذ فكذا اذا اقر بما اقر به القاضي **قوله** فالقول للقاضي ايضا وهو الصحيح وقال شمس الائمة السرخسي رح اذا زعم الماخوذ منه والمقطوعة يده انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث فانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة **قوله** وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على (غيره)

* كتاب الشهادة *

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولايسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه

غيره فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فيجب ان لا يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو اقوى منها تقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي ايضا قلنا لو اوجبنا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء ولان حالة القضاء منافية لضمان القاضي لا محالة فكان الاسناد اليها مفيدا واما اسناد غير القاضي فعله الى حالة القضاء غير مفيد لان ذلك لا ينافي الضمان لا محالة لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما ادعى من القاضي امره بالقطع والاخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله اعلم *

* كتاب الشهادة *

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ من المعاينة لان السبب المطلق للاداء المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا واداءه شهادة وهي في الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق اذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما في يده لغيره والدعوى اخبار مما في يد غيره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يد غيره لغيره وقولنا مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة (فصل)

آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا ما دعوا اذ النهي عن اباء عند الدعاء امر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تكتموا الشهادة والنهي عن الكتمان امر بالاظهار وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التاكيد لما ان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها ابلغ من الاسناد الى الجملة الا ترى انك تقول اذا اردت التاكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته اذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح الا ترى ان اصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودا عليه بان الكتمان من اعظم الذنوب فان قيل النهي عن الشيء يقتضي في ضده اثبات سنة تكون فى القوة كالواجب كما ذكر في اصول الفقه من ان المختار عندنا ان الامر بالشيء يقتضي كراهة ضده لا ان يكون موجبا له ودليلا عليه الى ان وكد وعلى هذا القول يحتمل ان يكون النهي مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون فى القوة كالواجب ولهذا قلنا ان المحرم لما نهي عن لبس المخيط كان من السنة لبس الازار والرداء فعلم بهذا ان الامر المستفاد من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق فضلا عن الفرض قلنا هذا فيما اذا لم يقصد ضده كالامر بالقيام فى الصلوة ليس بنهي عن القعود قصدا واما اذا كان ضده مقصودا كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذ ضده مقصود بنهي صريح وكذا النهي عن الشيء امر بضده اذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله ولان الامر بشيء له ضد واحد يقتضي افتراض الضد ليتحقق موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى (ولا)

والشهادة في الحد ود يخير فيها الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله ع م للذي شهد عنده لوسترته بثوبك لكان خيرالك وقال ع م من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي ع م واصحابه رض دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب (له) ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لوظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولم تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رض مضت السنة من لدن رسول الله ع م

ولاتكتموا الشهادة لايتحقق الا باداء الشهادة فكان اداء الشهادة فرضا كفرضية الانتهاء عن الكتمان *

قوله والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي من الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ولوسترته بثوبك لكان خيرالك فان قيل هذا الذي ذكره معارض لاطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة قلنا هذه الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الاية وهي آية المداينة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الى ان قال ولا يأبى الشهداء وتكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور والدليل العقلي سالمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وافضلية الستر على ما هو المذكور في الكتاب والمعنى فيه ان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى احياء حقه من الاموال وذلك في حقوق العباد واما الحدود فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك ان يختار الشاهد جانب الستر وكان هو افضل صيانة لهتك عرض اخيه المسلم

قوله ومنها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن (اربعة)

والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكرنا **قال** وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال

اربعة منكم ثم لم يأتوا باربعة شهداء فان قيل في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد قلنا المقادير في الشرع لمنع الزيادة او النقصان او لمنعهما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة فكان هذا قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما انهانا الشرع اليه *

قوله والخليفتين من بعده ابو بكر و عمر رضي الله عنهما **قوله** ولان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان قيل هذا النص ورد في المداينات لما مر فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه الآية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرة بالاقرار ومرة بالشهود ولا حق يثبت شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود ومن سائر الحقوق بقية الحدود فيثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس ان يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم **قوله** كما ذكرنا اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية **قوله** والوصية اي الايصاء لانه في تعداد غير المال **قوله** ونحو ذلك كالعتاق والنسب (قوله)

وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هوادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله ع م شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه

قوله وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار **قوله** لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة اي اهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء اذ في لفظ الكتاب نوع اخلال لانها لا يثبت بها اهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم **قوله** ونقصان الضبط بزيادة النسيان جواب عن قول الشافعي رح بقوله الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك النقصان انجبر بضم الاخرى اليها **قوله** وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يثبتان مع الهزل والاكراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل فلما ثبت هذه الاشياء اعني البيع وامثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان تثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل اولى واما الوكالة والوصية والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها (مع)

والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن

مع الشبهات فيثبت ذلك بشهادة النساء ايضا وان كان فيها شبهة البدلية ويقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا اجاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد اولى وفي باب شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهد بذلك اي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل اقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد اولى وقد قال بعض مشائخنا انه وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا *

قوله والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اي اذا لم يكن ثمة معهود والكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع وعلى ابن ابي ليلى في اشتراط الثنتين ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح مالكا مكان ابن ابي ليلى **قوله** لان نظر الجنس اخف لعدم الشهوة ولهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة والرجل الرجل فكذا يسقط اعتبار العدد اي لان نظر الجنس الى الجنس اخف يسقط اعتبار العدد شرطا ليقل النظر وبقي احتياطا والمثنى والثلث احوط لما فيهما من معنى الالزام ولهذا يشترط فيها الحرية والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القاضي **قوله** ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق اي في باب ثبوت النسب وهو قوله اذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد (لستة)

والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع اما شهادتهن على استهلال الصبي لاتقبل عند ابيحنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعند هما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولايحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته و يمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا لامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء

لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة ثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة *

قوله والعيب يثبت بقولهن اي في الحال وقيام العيب في الحال شرط لصحة الخصومة فيحلف البائع بانه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية التحليف ان كان بعد القبض بالله لقد سلمها وهي بكر وان كان قبله بالله انها بكر **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظ الشهادة اي في جميع ما تقدم **قوله** والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذا وجاهة اولم يكن وذلك لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد كما قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروة شرعا فلهذا لايقبل شهادته **قوله** واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اي ورد نظم النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد والاستشهاد (نحو)

في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله ع م المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم

نحو قوله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا لفظ التكبير ورد النص بلفظه قال الله تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد رح تبديله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله اجل او الله اعظم قلنا التكبير للتعظيم وفي قوله الله اعظم صريح التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا ويذكر للقسم استعمالا فلما كان كذلك فالحكم المعلق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جوازه معلقا بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد فيه النص من الذي ورد لفظة الشهادة فيراعى فاما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا *

قوله في الولادة وغيرها وهو الصحيح احترز به عن قول العراقيين وذكر الامام التمرتاشي رح في قول القابلة في مسئلة الولادة وهل يشترط لفظ الشهادة ففي شرح ابي بكر رح قال مشائخ بلخ وبخارا يشترط وقال العراقيون لا واتفقوا على انه يشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام **قوله** وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب ان لا يكتفى (بالظاهر)

لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابويوسف ومحمد رح لابد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر و زمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السران يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد

بالظاهر فاجاب ان الظاهر قائم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان للوصول الى الدليل القطعي وذلك لانه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان المزكي في قوله عدل غير كاذب لان المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر يجب ان لا يكتفي بظاهر عدالة المزكي ايضا لانه عمل بالظاهر فح يحتاج الى مزك آخر في تعرف عدالة المزكي الاول وكذلك في الثالث والرابع وهذا امر يؤدي الى التسلسل وقولهم ان الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا قد يكفي له اذا لم ينازعه آخر الا ترى ان الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشتري في ذلك وههنا ايضا كذلك لان كلامنا فيما اذا لم يطعن المدعى عليه في الشهود ولو طعن فح يسأل عنهم كما لو نازع المشتري الشفيع في ما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه *

قوله لانه يقابل الظاهران لان الظاهران لا يطعن كذبا **قوله** وفيه صون قضائه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا يبطل القضاء **قوله** ان يبعث المستورة الى المعدل المستورة اسم للرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي (سميت)

قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة باصل الدار وهذا اصح *

سميت بها لانه تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون وغيره والجمع حلى بالضم والكسر والمصلى قيل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة وهو الظاهر وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي او يكتب اليه كتابا فيه اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يتعرف المزكي فيسأل عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر ويقول والله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لولم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فح يصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور وصورة تزكية العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد ويقول للمعدل اهذا الذي عدلته او يقول للمزكي بحضرة الشهود اهؤلاء عدول مقبول الشهادة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول اي في عهد الرسول عليه السلام واصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف من المدعي ولا من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق ولا يقابلونه بالاذى لوجرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا وتركت تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالاذى قال ابن سماعة عن ابي يوسف رح اقبل في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف اذا كانوا عدولا ولا اقبل في تزكية العلانية الا من اقبل شهادته لان تزكية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به امر ديني وقول هؤلاء في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا الا ترى انه يقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله عيله السلام ويجب الصوم بقولهم واما تزكية العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كما لا يجب الا بالشهادة حتى شرط في المزكي في تزكية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر وان لا يكون محدودا في قذف سوى (لفظ)

قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق * واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها * ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رح لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

لفظ الشهادة وعلى هذا تزكية الوالد لولده في السر جائزة لانها من باب الاخبار كذا في الذخيرة واول من سأل في السر شريح حتى قيل له احدثت يا ابا امية قال احدثتهم فاحدثنا *

قوله وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود اي قال ابو حنيفة رح تفريعا على قولهما وذكر قاضي خان رح في جامعه ثم فرع ابو حنيفة رح على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة لم يقبل قول الخصم اى المدعى عليه *

قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود اراد به المرسل الى القاضي وهو المزكي

قوله وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي معناه من ينقل قول المزكي الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي **قوله** واشتراط العدد امر حكمي اي امر (ثبت)

* فصـــــــــل *

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع * **قال** ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب * ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة (فلم يحصل العلم) الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء

ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه السلام في حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لكنا تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا يتعداها اي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله اعلم

* فصـــــــــل *

قوله احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج فيه الى الاشهاد بل يجوز ان يشهد بدونه ولا كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في الظاهرة واما الشهادة في مالا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد اي في ما يعرف بالسماع مثل البيع (و)

فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره * ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابيحنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت * ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز

والاقرار وحكم الحاكم او رآه كالغصب والقتل وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء اي في تجويز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون والتمسك بالآية على قوله وسعه ان يشهد به لانه اطلق اداء الشهادة بمجرد العلم وقد حصل ذلك بالرؤية في المرئيات وبالسماع في المسموعات والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله حالا في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرطا في قوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وانما جعله ركنا لزيادة تاثيره في توقف صحة اداء الشهادة على العلم *

قوله فلا بد من الانابة والتحميل لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلابد من الانابة والتحميل منه **قوله** وقيل هذا بالاتفاق اشارة الى اول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد **قوله** وعلى هذا اذا تذكر المجلس اي لا يحل للشاهد ان يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة ولم يتذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة **قوله** والدخول لانه امر مشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان (قوله)

لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلولم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي ان يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا فكذا اذا راى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة فبقي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عم الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر *

قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد انه ابنه واشهد انها امرأته اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد **قوله** دون شرائطه لان اصله هو الذي (يشتهر)

ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا رح لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

يشتهر قال الامام ظهير الدين المرغيناني لابد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لاتقبل شهادتهم وتاويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا ويبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا تلك في شهادتهم لاتقبل شهادتهم * **قوله** ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان اكثر ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشراء والهبة وما اشبه ذلك الا ان الشرى انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وانما يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فيثبت ان لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد ان يعتمد على مثل هذا الدليل اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فعند اعواز ذلك يصير الى ما يشهد به اليد قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق قول محمد رح في الرواية فيشترط ان يقع في قلبه انه له بالاتفاق وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال مشائخنا رحمهم الله لان اليد تتنوع الى ملك وضمان وامانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك قلنا التصرف ايضا يتنوع الى نيابة (كا)

ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون
المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين
المالك دون الملك لايحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك
لان الرقيق لايكون في يد نفسه وان كان لايعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران
عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء

كالوكيل والمضارب والى اصالة فلا معنى لاختيار هذه الزيادة اذ الاحتمال الايزول
بها والاصل ان الاملاك تكون في يد الملاك والكينونة في يد غيرهم عارض فرجحنا
الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد فالقاضي
لايقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعاينة لقبل القاضي الشهادة قلنا نحن جعلنا العيان
سببا للجواز لا للوجوب والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمنا ذلك
ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك وبيعت دار بجنب هذه
واراد صاحب اليد ان يأخذها بالشفعة فالقاضي لايقضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار
ملك الشفيع لان القياس ليس سببا للوجوب لكنه سبب الجواز *

قوله ثم ان عاين المالك والملك المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك بان عرف
البائع باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة ووقع في قلبه انه له ثم رآه
في يد آخر فجاء الاول ادعى الملك وسعه ان يشهد للاول بالملك بناء على يده وان عاين الملك
دون المالك بان عاين ملكا بحدود ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه
ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد
استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معروفا بالتسامع والملك معروف
وان لم يعاين المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها
كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لايحل له ان يشهد له بالملك (وان)

لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابيحنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابويوسف والشافعي رح يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التميز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابيحنيفة ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس اوجن اوفسق بخلاف ما اذا ماتوا اوغابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت *

وان عاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة *

قوله لان لهما يدا على انفسهما حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت لغيره يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه طوعا كما يستخدم العبد سيده وعن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا اوامة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه **قوله** والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قوله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال مالك رح تقبل لان العمى لا يقدح في الولاية والعدالة (و)

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره * ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون اوهو استثناء منقطع بمعنى لكن * ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهـــادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهـــادته بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته

وباعتبارهما يجب الشهادة ولهذا قبلت رواية الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابيحنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لانه في السماع كالبصير وقال ابويوسف والشافعي رح اذا تحمل الشهادة وهو بصير واداها وهو اعمى تقبل فيما لايحتاج الى الاشارة كالديون والعقار *

قوله ولانه من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف لان فيه معنى الزجر لانه يؤلم قلبه كما ان الجلد يؤلم بدنه وقد آذاه بلسانه فعوقب باهدار منفعة لسانه جزاء وفاقا فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجلد لان رد شهادته من تمام حده واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم له بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد ثمه للفسق ولم يبق بالتوبة اذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له **قوله** الاستثناء ينصرف الى مايليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون لانه للاستيناف لان ماقبله امر ونهي فوضا الى الآية وهذه جملة اسمية اخبار عن حال قائمة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة فانصرف الاستثناء الى هذه الجملة فحسب اوهو استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين تابوا فان الله يغفر (ذنوبهم)

ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لايجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لاشهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد بالاجير مسانهة او مشاهرة (او مياومة) فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها * ولايقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولامعتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به * ولاشهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى * ولا لمكاتبه لما قلنا * ولاشهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة * وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعهما متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض *

ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله *

قوله ولا العبد لسيده اي لو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيده للتهمة وهو قوله عليه السلام لاشهادة للقانع باهل البيت والقانع السائل من القنوع لا من القناعة واراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم **قوله** بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به اي لايثبت له الولاية في المشهود به بالقضاء والغريم اذا ظفر بجنس حقه من مال مديونه له ان يأخذه وذلك قد يكون وقد لايكون فلا يورث التهمة **قوله** لان الحال موقوف مراعى اي لان حال العبد موقوفة بين ان يصير للغرماء بسبب بيعهم في دينهم فيصير اجنبيا فتقبل شهادة المولى له او يبقى للمولى كما كان بسبب قضائه (دينه)

قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة * ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية * ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه * ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عوارت النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني * ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة *

دينه ولا لمكاتبه لما قلنا اي لانه شهادة لنفسه من وجه *

قوله ولا نائحة ولا مغنية ولم يرد به التي تنوح على مصيبتها وفي المستصفي واعلم بان التغني حرام في جميع الاديان فقال في الزيادات واذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات وحكي عن ظهير الدين المرغيناني رح انه قال من قال لمقرئ زماننا احسنت عند قراءته يكفر **قوله** ولا مدمن الشرب على اللهو اطلق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا وفي فتاوى قاضي خان رح ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وفي الذخيرة ولا يجوز شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز شهادة مدمن السكر واراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على الشرب ولا من يغني الناس وانما قيد بقوله للناس لانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال ان فيه تكرارا بعد ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص (بالمرأة)

ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق **قال** ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام * او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا *

قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق

بالمرأة وهذا عام ولان الاول في تغني المرأة مطلقا لان رفع الصوت فيها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في التغني للناس *

قوله ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد واختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وهو قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذا السبع اكل الربوا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة واصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الائمة الحلوائي رح انه قال ما كانت شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة **قوله** فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع للشهادة وفي الذخيرة ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن يشترط انضمام احدى المعاني الثلثة اذا قامر عليه او شغله عن الصلوة او اكثر الحلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلثة من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا **قوله** لان للاجتهاد فيه مساغا قال مالك والشافعي رح يحل اللعب بالشطرنج *

(قوله)

والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذاكان لايستحيي عن مثل ذلك لايمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه * وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث اوياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم *

قوله والاكل على الطريق يعني به مجرى الناس وذكر في فتاوى قاضي خان رح ولا تقبل شهادة من ياكل في السوق بين ايدي الناس لان ذلك لا يفعل من كان له مروة ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي وفي الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه ويقتفى اثره كابيحنيفة واصحابه رحمهم الله فانهم سلفاء والصحابة والتابعون سلف لابيحنيفة واصحابه كذا ذكره بدرالدين وفي الذخيرة قال ابويوسف لا اجيز شهادة من يشتم اصحاب رسول الله عليه السلام لانه لوشتم واحدا من الناس لايجوز شهادته فههنا اولى و تقبل شهادة اهل الاهواء الهوى ميلان النفس الى مايستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان اصول الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشر فرقة فيبلغ الى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة وشهادة اهل الاهواء مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفربه صاحبه ولا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه وهو الصحيح وقال الشافعي رح لاتقبل شهادة اهل الهواء لانهم فسقة لان الفسق اعتقادا اغلظ منه تعاطيا ولاشهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك لانه انما وقع في الهوى للتعمق في الدين الا ترى ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب كمن تناول المثلث اومتروك التسمية عمدا معتقدا اباحته فانه لايصير به مردود الشهادة **قوله** الا الخطابية الخطابية قوم من الروافض ينسبون (الى)

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له (على المسلم) بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول *

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه

الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجذع وكان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر بن محمد الصادق الاله الاصغر فطرده جعفر فادعى في نفسه انه اله وزعم اتباعه ان جعفرا اله وابو الخطاب اعظم منه وهم كانوا يدينون لشهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فيتمكن شبهة الكذب في شهادتهم *

قوله وصار كالمرتد اي لا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر **قوله** ملل الكفر وان اختلفت فلا قهر جواب لما يقال كما ان بين المسلم والذمي معاداة فكذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي ان يكون اختلاف الملل مانعا فقال وان اختلفت مللهم لم يصر بعضهم مقهور بعضهم ليحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار فهم مقهورون من جهة المسلمين وذا يحملهم على التقول عليهم **قوله** اراد به والله اعلم المستامن وانما قيد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربي على الذمي لما ان الشهادة انما تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام ولو دخل حربي في دار الاسلام بغير استيمان يوخذ قهرا فيسترق فيكون شهادته شهادة عبد فلا تقبل شهادة عبد على احد (قوله)

لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي * وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لاتقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولاكذلك المستامن * وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لابد له من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لاينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياءً للحقوق

قوله لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى منه اي اقرب الى اهل الاسلام لانه قبل ما هو خلف الاسلام هو الحرية ولانه صار محقون الدم على التابيد ولهذا يقتل المسلم بالذمي قصاصا ولا يقتل المسلم بالمستأمن **قوله** بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولاكذلك المستأمن متصل بقوله وان كانوا من دارين كالروم والترك لاتقبل اي شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا من منعات مختلفة لانهم صاروا من اهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على اهل الذمة كلهم وان كانوا من منعات مختلفة فكذا شهادة بعضهم على البعض لما ان دار الاسلام لاتختلف باختلاف المنعة بخلاف المستأمنين حيث لاتقبل شهادة بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل الدارين كالروم والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث فان قيل الذمي مع المستامن مختلفان دارا وقد قبلت شهادته على المستأمن قلنا الذمي لعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستامن فكذا شهادته على المستامن بخلاف الرومي والتركي لاستوائهما وقد اختلفت الدار فامتنع القبول **قوله** وان الم بمعصية حكي عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر ولا يخلون عن اتيان ما هو مأذون به في الشرع فيعتبر في ذلك الغالب يريد به في حق (الصغائر)

قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا ترك استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا **قال** والخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده **قال** وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رح لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل **قال** وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشائخ رح لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة *

قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما

الصغائر فان كان غالب احواله انه ياتي بما هو ما ذون به في الشرع ويحترز عما لا يحل في الشرع من الصغائر كان جائز الشهادة بعد ان تحترز عن كل الكبائر وان كان غالب احواله انه لا يحترز من الصغائر لا يكون جائز الشهادة *

قوله تقبل شهادة الاقلف وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادته وانما تقبل عندنا اذا ترك بعذر الكبر او خوف الهلاك فان ترك على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا **قوله** وشهادة الخنثى جائزة وفي الخزانة والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل **قوله** وعمال السلطان عند عامة المشائخ وهم الذين يعينون السلطان في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكوة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء (و)

وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان القاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لا تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة *

وانما اورد هذه المسئلة رد القول ذلك القائل لان كسبهم اطيب الكسب على ما ورد في الحديث افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا * **قوله** وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما والغريمان قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما او يبرآن بالدفع اليه والوصيان قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليه حقوقهما **قوله** مؤنة التعيين لان القاضي يلزمه ان يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصية لامانته وديانته وهدايته ام لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه واخبرا القاضي بانه اهل لذلك فكفى مؤنة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي **قوله** والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فتمكن التهمة في الشهادة فاجاب ان الوصيين اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي ليس له اجبار احد على قبول الوصاية وبخلاف (ما)

قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الرفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم *

قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته (لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه) حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لايشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال

ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه ح لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينه فيصير الشهادة موجبة فبطل بمعنى التهمه وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا فبمعنى القبول امر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لابراء تهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها *

قوله ولا يسمع القاضي البينة على الجرح اي على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او حق من حقوق العباد نحو ان يشهدوا ان شهود المدعي فسقة او زناة او آكلة الربوا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انه لاشهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة وانما لاتقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق مما لايدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها (١)

ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلي بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف

اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يقال ان فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة وقد قال عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما لانه لا ضرورة الى اداء هذه الشهادة على ملاء من الناس ويمكنه كفه عن الظلم باخبار القاضي بذلك سرا الا اذا شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة او شهدوا بزور او نحوه لانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وانما حكوا اظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصيرون فاسقين فيثبت المشهود به وكذا الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الالزام لانه لا يرتفع بالتوبة * **قوله** ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف اذا كان فيه خصم ثم يثبت الجرح بناء عليه قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد تقبل لان الرق حق الله تعالى او محدود في قذف لان فيه احياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة وانه من تمام الحد او شارب خمر ولم يتقادم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قاذف والمقذوف يدعي لان فيه اثبات الحد وفيه حقان والمغلب حق الله تعالى او شريك المدعي اي يشهد بمال مشترك فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة فان قيل ينبغي ان يقبل الشهود في الجرح المجرد لانه في معنى التزكية علانية قلنا في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير بهذه الاشاعة فكان يمكنهم ان يخبروا القاضي بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة الفاحشة من غير ان يثبتوا بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا **قوله** ومن شهد ولم يبرح (حتى)

وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم *

حتى قال اوهمت في بعض شهادتي قيل معنى قوله اوهمت في بعض شهادتي ان يكون غلطا في المقدار او في الجنس او في السبب ثم قيل يقضى بجميع ما شهد لان ما شهد صار حقا للمدعي على المدعى عليه ولا يبطل لقوله اوهمت وقيل يقضى بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسمائة بل هو خمسمائة يقضي عليه بخمسمائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسمائة لا يقضى بالف كذا هذا واليه مال شمس الائمة السرخسي ره وروى الحسن بن زياد عن ابيحنيفة رح اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء وبعد القضاء وقالا اوهمنا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما وروى بشر عن ابييوسف رح في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته في ما بقي واذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال او غلطت او نسيت فهو مثل قوله قد شككت * **قوله** وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود بان يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي او على العكس او في بعض النسب بان يذكر محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا اي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده **قوله** وهذا اذا كان موضع شبهة قال في النهاية اي موضع شبهة التلبيس من المدعي او المدعى عليه فاما اذا لم يكن اي موضع شبهة فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او ترك الاشارة الى المدعي والمدعى عليه وعن ابيحنيفة وابييوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر (باب)

* باب الاختلاف في الشهادة *

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها *

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين

---

* باب الاختلاف في الشهادة *

قوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قيد بحقوق العباد لانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل احد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل احد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته او مطالبة من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فتقبل واذا خالفتها لم يوجد من المدعي مطالبة ما شهد به الشهود فلم تقبل ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجوز بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرط عند ابيحنيفة رح والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لا تقبل الشهادة عنده كما لو شهد احدهما بدراهم والآخر بدنانير وهذا لان لفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراد بالالفين غير ما يراد بالالف فلم يثبت واحد من اللفظين لانه ليس على كل واحد من اللفظين الا شهادة واحدة فان قيل الالف موجود في الالفين (قلنا)

بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطف احدهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه *

قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا

قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال لها انت برية لا يثبت شيء وان اتفقا في المعنى وفيما اذا شهد احدهما بالالف والآخر بالالفين تقبل ان وقع الدعوى في الفين بان كان في كيسة الف درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم وشهد آخر بان نصف ما في الكيس له وهو الف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه *

قوله بل هما جملتان متباينتان اي كلمتان متباينتان وتسميته جملة لان مدلول كل واحد منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الآخر **قوله** فلا بد من التوفيق هذا جواب الاستحسان والقياس ان تقبل لامكان التوفيق **قوله** وجوابه ما قلنا وهو قوله لاتفاقهما عليه (قوله)

قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وقال فى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول *

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم يقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية *

قوله قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول بيانه ان الشاهدين اذا شهد الانسان بمال ثم شهدا عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو المشهود له اولاً يقضى له بما شهدا له وان كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تفسيق عن اضطرار والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار وكذلك لو شهدا لشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له فى المائة الدينار تقبل شهادتهما على الف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته له ولو شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان فى الزمان والمكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل وان اختلفا فى الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان كان المشهود به قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب ونحوه او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور (۱)

قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد

الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في المكان او الزمان يمنع القبول فان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رح اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه ومكانه لا تقبل شهادتهما وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشاء والآخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء ان تقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قدفتك بالزنا وابو حنيفة رح يقول يحتمل انه سمع احدهما الانشاء والآخر الاقرار وكلاهما الاقرار وثبت عندهما قذفه فهما شهدا به *

قوله واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع الى قوله وقالا لا يقطع وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط واما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لانه كذب احد الشاهدين **قوله** وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم اي الحد اعسر في الاثبات من الغصب لان الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة اولى ان لا يثبت الحد **قوله** وله ان التوفيق ممكن الى قوله واللونان يتشابهان (او)

صح

وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه **قال** ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما

او يجتمعان فان قيل هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته قلنا ان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله فصار كما اذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهما يكلفان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصابا فاما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاخبار به للاثبات احياء للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن وبهذا تبين ان الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فان قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بلقاء لا سوداء ولا بيضاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو عنده على ذلك اللون *

قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه اي الوقوف على صفة الذكورة والانوثة لا يكون الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتبه فلا حاجة الى التوفيق

قوله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فان قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما ان الاسباب لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصودا قلنا الحكم مقصود في حق الانتفاع حتى اذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه انه باي سبب ثبت هذا فان الشهادة بالملك المطلق صحيح ولكن لو ثبت الحكم لا يثبت الا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب المعين فكان اثبات ذلك السبب المعين مقصود اللمدعي والشاهدين حتى يثبت الحكم بناء عليه لانه مقصود بنفسه وذكر شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي (في)

لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وانكانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعي هو الراهن لايقبل لانه لاحظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفى الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

في شرح الجامع في آخر الباب من الاقرار الذي يختلف فيه المنطق قال السيد الامام اذا ادعى الشراء فشهد احدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بالف وخمسمائة تقبل ولو اختلف الجنس بان شهد احدهما بالشراء بالف درهم والآخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل لان الشرى الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتري بالف ثم يزيد فى الثمن خمسمائة فقد اتفقا على الشراء الواحد اما الشراء الواحد فلا يكون شرى بالف درهم ثم يصير شرى بمائة دينار كذا فى الفوائد الظهيرية *

قوله لما بينا اشارة الى ان المقصود اثبات السبب **قوله** فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه اي خلافا ووفاقا **قوله** لانه لاحظ له فى الرهن فان الحق فى الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن ان يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى ان لايثبت ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على اثبات حق الغير **قوله** وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين لان الرهن لايكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كمافي سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين (قوله)

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين *

قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في ما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت المرأة هي المدعية وفي ما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع (على) انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه والله اعلم *

قوله وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين انما قيد بقوله والمدعي هو الآجر لانه لو ادعى المستاجر عقد الاجارة بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه ح الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما **قوله** يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح فان قيل في هذا تكذيب المدعي لاحد الشاهدين كما في البيع قلنا المال ليس بمقصود ههنا لما ان النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو لزم التكذيب انما لزم في التبع والتكذيب فيه لايوجب التكذيب في الاصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة **قوله** وقيل الخلاف في الفصلين وهما ما اذا كان المدعي هو الزوج وما اذا كان المدعي هو المراة **قوله** وهذا اصح والوجه ماذكرناه وهو ماذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد الى ان قال ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل لايفرق بين ان يكون المدعي الزوج او المرأة والله اعلم *

(فصل)

* فصـــــل فی الشهادة علی الارث *

قال ومن اقام البينة على دارانها كانت لابيه اعارها اواودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولايكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لايقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابيحنيفة ومحمد رح خلافا لابيوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء فی الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلابد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

* فصـــــل فی الشهادة علی الارث *

قوله ولا يكلف البينة انه مات وترك ميراثا له هذا بالاجماع اما عند ابيوسف رح فظاهر لانه لايشترط الجر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه يخلفه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بانها كانت له وبمنزله الشهادة للمشتري انها ما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجر والانتقال الى الوارث فی الشهادة لم يشترطا ذلک هنا لان المدعي اثبت لمورثه يدا فی المدعى عند الموت بما اقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصار كانه اقام البينة ان اباه مات والدار في يديه ولو كان كذلک كانت البينة مقبولة فكذا هنا **قوله** في حق العين اي في حق احكام ترجع الى العين **قوله** ويحل للوارث الغني اي لولا تجدد الملک لما حل له ذلک **قوله** فلابد من النقل بان يشهدوا انه مات وتركها ميراثا وانه مات وهو ملكه **قوله** وكذا على قيام يده على ما نذكره اشارة الى ما ذكر بعده (بقوله)

وان قالوالرجل حيّ نشهدانها كانت في يدالمدعي منذ اشهرلم تقبل وعن ابيبوسف رح انهاتقبل لان اليدمقصودة كالملک ولوشهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذاهذا فصار كمااذاشهدوا بالاخذمن المدعي وجه الظاهر وهوقولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليدمنقضية وهي متنوعة الى ملک وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملک لانه معلوم غيرمختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهووجوب الردولان يدذي اليدمعاين ويدالمدعي مشهودبه وليس الخبر كالمعاينة وان اقربذلک المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة فى المقربه لاتمنع صحة الاقرار وان شهدشاهدان انه اقرانها كانت في يدالمدعي دفعت اليه لان المشهودبه ههنا الاقرار وهومعلوم

بقوله لان الايدي عندالموت تنقلب يدملک بواسطة الضمان وذلک لان اليدعندالموت لايخلومن ان يكون يدملک اوغصب اوامانة فان كانت يدملک فظاهر وكذا ان كانت يدغصب لانهايصيريدملک لان بالموت يتقررعليه الضمان ويصيرالمضمون ملكاله وان كانت يدامانة فيصيريدغصب بالتجهيل فصارت يدملک ايضافصارالشهادة بيدمطلقة عندالموت شهادة بالملک عندالموت والملک الثابت عندالموت ينتقل الى الوارث ضرورة *

قوله وان قالوالرجل حي يعني اذاكانت الدارفي يدرجل فادعاهارجل آخرليست الدارفي يده انهاله فشهدالشهود على هذا الطريق قيد بقوله حي لانهم لوشهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالاجماع ويكون الدارلوارثه وقدذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يدالمدعي لانهم لوشهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق واما قوله منذاشهرليس بقيد فانه ذكرالامام التمرتاشي رح شهدوا لحي ان العين كان في يده لم تقبل وعندابيبوسف رح تقبل **قوله** وان اقربذلک المدعى عليه يعني قال المدعى عليه ان هذه الدار كانت في يدالمدعي هذا وكذلک لوشهدالشاهدان ان المدعى عليه اقرانها كانت في يدالمدعي تقبل شهادتهما لان المشهودبه ههنا الاقرار وهومعلوم وانما الجهالة فى المقربه وذلک لايمنع القضاء كما لوادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرارالمدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمربالبيان كذا فى الجامع الصغيرلقاضي خان رحمه الله * (باب)

* باب الشهادة على الشهادة *

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين

---

* باب الشهادة على الشهادة *

قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزمت شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية اولانه متمكن زيادة الشبهة فيها اذ الاخبار اذا تناسخها الالسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للحقوق **قوله** ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت اي ولشدة الحاجة اليها جوزنا الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا ان فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كشهادة النساء مع الرجال بل اولى لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقالوا ان معنى البدلية لا يقوى لان القاضي يقضي بشاهد يشهد اصلا وبشهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل كما في الوضوء والتيمم ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن الاحتراز عنها (بجنس)

ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رح ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة

بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا ظهر لبعضهم عذر يبقى بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به احق هوام لا وههنا تثبت بشبهة زائدة في نفس الشهادة هل انها وجدت من الاصول ام لا فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا ضرب فلانا حدا في قدف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما تثبت بالشبهات واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان قيل اليس ان اقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف *

قوله ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه التمسك بهذا هو ان الاثر دل على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ومن قال به كان يقيد الاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافه وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان لا يجوز شهادة الفرعين عن اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة اصل واحد صارا بمنزلة اصل واحد ثم لو شهدا ايضا عن اصل آخر صارا بمنزلة احد اصلين شهد عن نفسه وعن اصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح ان يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقا ولا تقديرا **قوله** من الحقوق اي من حقوق الناس لانه يجب على كل واحد من الاصلين ان يؤدي ما عليه اذا طلبه المدعي **قوله** لما روينا اي من قول علي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وانه يجوز شهادة (١)

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلابد من التحميل والتوكيل على ما مرّ ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها

الواحد على شهادة الواحد لان الفرعي قائم مقام الاصلي معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة *

قوله ولابد ان يشهد كما يشهد عند القاضي اي لابد ان يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التحميل وهو ان يقول اشهد على شهادتي ولايقول اشهد علي بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو امر بالكذب وكذا لايقول فاشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون امرا بالشهادة على اصل الحق **قوله** لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل لانه يشهد على شهادة الاصل **قوله** وذكر التحميل لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل **قوله** ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يكون يقول الفرعي بين يدي القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج الى ذكر ثماني شينات وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات وما ذكر في الكتاب هو اختيار شمس الائمة الحلوائي رح **قوله** واقصر عنه وهو ان يقول الفرعي عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا اجاز (وفيه)

ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رح ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة

بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا ظهر لبعضهم عذر يبقى بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به احق هوام لا وههنا ثبت بشبهة زائدة في نفس الشهادة هل انها وجدت من الاصول ام لا فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما ثبت بالشبهات واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان قيل اليس ان اقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف *

قوله ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه التمسك بهذا هو ان الاثر دل على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ومن قال به كان يقيد الاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافه وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان لا يجوز شهادة الفرعين عن اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة اصل واحد صارا بمنزلة اصل واحد ثم لو شهدا ايضا عن اصل آخر صارا بمنزلة احد اصلين شهد عن نفسه وعن اصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح ان يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقا ولا تقديرا **قوله** من الحقوق اي من حقوق الناس لانه يجب على كل واحد من الاصلين ان يؤدي ما عليه اذا طالبه المدعي **قوله** لما روينا اي من قول علي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وانه يجوز شهادة (١)

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلابد من التحميل والتوكيل على ما مرّ ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها

الواحد على شهادة الواحد لان الفرعي قائم مقام الاصلي معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة *

قوله ولابد ان يشهد كما يشهد عند القاضي اي لابد ان يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التحميل وهو ان يقول اشهد على شهادتي ولايقول اشهد علي بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو امر بالكذب وكذا لايقول فاشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون امرا بالشهادة على اصل الحق **قوله** لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل لانه يشهد على شهادة الاصل **قوله** وذكر التحميل لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل **قوله** ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يكون يقول الفرعي بين يدي القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج الى ذكر ثماني شينات وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات وما ذكر في الكتاب هو اختيار شمس الائمة الحلوائي رح **قوله** واقصر عنه وهو ان يقول الفرعي عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا اجاز (وفيه)

ومن قال اشهد ني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة **قال** ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمسّ عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

وفيه شيئان فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث رح واختيار استاذه ابي جعفر وهكذا ذكر محمد رح في السير الكبير وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر كانوا يخالفون ابا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في اداء الفرعي فاخرج الرواية من السير فانقادوا له فلو اعتمد احد على هذا كان في سعة من ذلك وهو اسهل وايسر كذا في الذخيرة والمغني *

قوله ومن قال اشهدني فلان على نفسه اي اشهدني المقرّ على اقراره لم يشهد السامع على شهادته اي لا يحل للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح وذلك لان الشاهد الفرعي لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد رح بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفروع وجب الضمان على الاصول في قول محمد رح ولو رجع الاصول والفروع جميعا تخير المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع فلا يصير الوكيل وكيلا عن الموكل الا بامره وفي الفوائد الظهيرية ومعنى قوله حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع ان المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع وليس معناه انه يقضى بالنصف على الاصول وبالنصف على الفروع بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب فللمغصوب منه ان يضمن ايّهما شاء في الذخيرة فان ضمن الفروع (فالفروع)

حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لوغدا لاداء الشهادة لايستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن

فالفروع لايرجعون على الاصول كما في باب الغصب لوضمن المالك الغاصب الثاني لايرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لايرجعون على الفروع ايضا بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على الغاصب الغاصب واما عندهما فلان الحكم وان كان يضاف الى الفروع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول عند الرجوع ولكن تحملهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفي الفوائد الظهرية فقولهم في هذا الموضع لان الشهادة لاتكون حجة الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للفرع بقيام الحق بمجرد شهادة الاصول مزيف لان الفرع لايسعه الشهادة على الشهادة ان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لاتجوز الا بالتحمل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة حق مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لايشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة فباعتبار هذا يشترط الامر بصحتها وصار هذا كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا نكحها اجنبي بغير امره لايجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه *

قوله حتى ادير عليه عدة من الاحكام نحو قصر الصلوة والفطر في الصوم وامتداد مسح الخف الى ثلثة ايام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول ابيحنيفة رح (والاضحية)

والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث **قال** فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة * **قال** وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رح ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا *

والاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة من غير محرم او زوج *

قوله والثاني ارفق وهو ما قال ابو يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول ابي يوسف رح وكثير من المشائخ اخذوا بهذه الرواية ثم قال وروي عن محمد رح ان الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا صلح مزكيا فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث ينفذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وعن محمد رح لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهما (و)

قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط * واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لاندري آهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلابد من تعريفها بتلك النسبة ونظيرهذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لابد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه *

وعن ابي يوسف رح اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل اعدل ام لا قال الشيخ الامام ابو الحسن علي السغدي رح وقول الفرع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلوائي رح اذا قالا لا نعرفه اعدل ام لا لا يرد القاضي شهادتهما ويسأل عن الاصول غيرهما هو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا واما اذا شهد شاهدان عند القاضي بشيء والقاضي يعرف عدالة احدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعدله هذا العدل اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يصح تعديله كما لو عدله رجل غيره وقال بعضهم لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ولا يصح تعديله *

قوله وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ومعنى المسئلة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا اوغابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين **قوله** يشهدان على ان المحدود في يد المدعى عليه وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولي استحقاق الشفعة اما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري (قوله)

قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابيحنيفة ومحمد رح خلافا لابييوسف رح على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام الجد

قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اي اذا ورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه شهد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وانكر ذلك الرجل ان يكون هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهد آخران انه فلان بن فلان وهذا لان كتاب القاضي لنقل الشهادة كالشهادة على الشهادة الا ان القاضي بولايته وامانته يتفرد بالنقل **قوله** ولو قالوا في هذين البابين اي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة الفخذ آخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشاف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الستة التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمائرة والعمارة تجمع البطون والبطون تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل حزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تنشعب منها فعلى هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة وفي الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين **قوله** ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابيحنيفة ومحمد رح خلافا لابييوسف رح فان عنده يتم بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر الجد في التعريف (قوله)

لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله اعلم *

* فصـــــل *

قال ابوحنيفة رح شاهد الزور اشهره فى السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة فى الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

قوله لانه اسم للجد الاعلى اي فى القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجد الادنى وهو اب الاب والله اعلم *

* فصـــــل *

شاهد الزور يشهر ويعزر ان يقر على نفسه بالكذب متعمدا فيقول كذبت فيما شهدت متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حيا حتى ثبت كذبه بيقين ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة لانه نفي لشهادته والبينة حجة الاثبات دون النفي فاما اذا قال غلطت او اخطأت اوردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر **قوله** سخم وجهه اي سوده من السخام وهو سواد القدر واما بالحاء المهملة من الاسحم الاسود فقد جاء كذا فى المغرب وفى المغني ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعا **قوله** ولان هذه كبيرة قال عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعزر على ذلك ويشهر لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك **قوله** وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب (فان)

ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرء كم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر مايراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يضربان وفائدته ان شاهد الزور في حق ماذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم *

فان قيل اليس ان ابا حنيفة رح لا يرى تقليد التابعين حتى روي عنه انه قال لا يقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشائخنا المتاخرون انما ذكر ابو حنيفة رح اقاويل التابعين في كتبه لبيان انه لم يستبد بهذا القول بل سبقه غيره وقال متبعا لا مخترعا قلنا ذكر في النوادر عن ابي حنيفة رح من كان من الائمة التابعين وافتى في زمان الصحابة وزاحمهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانا اقلده مثل شريح والحسن ومسروق وعلقمة رحمهم الله وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محتجا به بل محتجا بتجويز الصحابة فعله فان قضاءه وتشهيره كان بمحضر من عمر وعلي رضي الله عنهما فانه كان قاضيا في عصرهما فما يشتهر عن قضاياه كالمروي عنهما وكان هذا في الحقيقة احتجاجا بقولهما وابو حنيفة رح يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي وذكر الامام العلامة النسفي رح في الكافي وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعي

قوله وفائدته اي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور انما يعرف ان شهادته كانت زورا وكذبا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات * (كتاب)

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه * فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به * وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى * ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضا فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح * واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان

---

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

اعلم ان للرجوع ركنا وحكما وشرطا فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به او يقول شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير كما بيّنّا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد ازاله بغير عوض *

قوله لا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان فان قيل ينبغي ان لا يكون الرجوع مختصا بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء (قلنا)

كحافر البير وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رح لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي

قلنا ما كان شرطا في الابتداء يكون شرطا في البقاء كالمبيع فان وجوده شرط لصحة البيع فكان بقاؤه شرطا لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فكذا يجب ان يكون مجلس القضاء شرطا لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم علي هذا احضار رأس مال السلم فانه ليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لانا نقول اشتراط وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السلم بل يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا لا عن قبض احترازا عن الكالئ بالكالئ وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ *

قوله كحافر البئر اي في قارعة الطريق فان ثقل الساقط فيها علة التلف والمشي سبب والحفر شرط لانه ازال المانع من السقوط فالثقل امر طبيعي لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشي مباح لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعد فيه وهنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم ويعزل ويعزر ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاوجبنا الضمان على الشاهدين لانهما سببان وقد اقرا على انفسهما بالتعدي **قوله** وقال الشافعي رح لا يضمنان لانه لا عبرة للسبب عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه القصاص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة من الولي على اصله لانه انما اعتبر السبب ثمه احتياطا في امر الدماء وتعظيما له الا يرى انه يقول بالقصاص في باب القسامة ولحديث علي رضي الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما قلنا حديث علي رضي الله عنه كان للتهديد لانه صح من مذهب علي رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وقد يهدد الامام بما لا تحقق له قال عمر رضي الله عنه ولو تعمدت الى المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق (قوله)

لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين *

قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق * وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة

قوله لانه كالملجأ الى القضاء ولم يقل انه ملجأ لانه لو صار ملجأ حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كما في المكره وليس كذلك وذلك لان الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنياوية والقاضي ههنا انما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأ حقيقة لان كل احد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرها **قوله** وانما يضمنان اذا قبض المدعى المال دينا كان او عينا لانه تحقق الخسران عند تسليم المال الى المقضي له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما اتلفا عليه دينا حين الزماه بشهادتهما ذلك فاذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينا في مقابلة دين ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وفي الاعيان ان يثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلم يكن له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين اولم يقبض لان الشهود ازالوا الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو ازلنا العين عن ملكه باخذ الضمان منهما لا يبقى المماثلة بخلاف ما اذا كان المشهود به دينا **قوله** والاصل ان المعتبر في هذا بقاء (من)

والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع * فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق * وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي * وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق * وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق * وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا * فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا * ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم *

قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف

من بقي لا رجوع من رجع لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود مبقيه وهو الشاهد ان بان شهد ثلثة ورجع واحد *

قوله والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع كمن غصب مال انسان واتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذ لم يضمن المستحق شيئا وان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقي على شهادة من بقي به نصف المال ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول (لا)

لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثله بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض * وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض **قال** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض

لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر اثره بمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما *

قوله لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرأ مجانا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي رح يضمنان لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر مثلها واصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئا عندنا وعند الشافعي رح يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل امرأة رجل لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي رح يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي رح للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه ايضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم ايضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا **قوله** وكذا اذا شهدوا على رجل بتزوج امرأة بمقدار (مهر)

ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهما * وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر

مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك فان قيل منافع البضع كيف يصلح عوضا عن المهر وان المرأة ليست بمال ومنافع البضع ايضا ليست بعين مال بدليل انه ثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عنها قلنا منافع البضع حالة الدخول في الملك اعطي لها حكم المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب ان يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير والوالد لا يملك ازالة ملك الصغير الا بعوض يعدله الا ترى انه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز *

قوله ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا قلنا زوال الملك وان تأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين

قوله ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يجر بين المتعاقدين لعود ما كان لهما الى ملكهما كملا فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر (على)

كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما **قال** وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما * وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رح يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا

على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنان للزوج ما اتلفا عليه من وجوب نصف المهر *

قوله كما مر في النكاح اي في باب المهر **قوله** وان شهدا على انه اعتق عبده وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا عليه ملكا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا او معسرين لان هذا ضمان اتلاف الملك وانه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا عليه من ملك المال فان قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبا شرعا لان القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حالا بين المولى وبين مال العبد بشهادتهما عليه فكان بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهما ما حالا بين المولى ومدبره لكن انتقص بالتدبير مالية العبد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد اداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة واذا ادى عتق والولاء للذي كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاداؤه اليهما كادائه الى المولى وان عجز ورد في الرق كان (لمولاه)

فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب مايفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفومندوب بخلاف المكره لانه يوثر حبوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري ممايقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص

لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين اذ المكاتب ليس بمحل النقل من ملك الى ملك فرجوعهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما اخذ من الشهود عليهم لان الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعدما ابق ثم رجع فيكون مردودا على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه *

قوله فاشبه المكره وبيان الشبه ان المكره مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكره يقتل قصاصا فكذلك الشهود **قوله** بل اولى وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي يعان على استيفاء القصاص والمكره يمنع عنه شرعا وعادة فعسى يمتنع المكره من المباشرة فلا يفضي الى القتل غالبا فاذا قتل المكره وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو في التسبيب فوق المكره اولى **قوله** لان العفو مندوب قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تعفوا اقرب للتقوى وعن النبي عليه السلام من كظم غيظا وهو يقدر على انفاذه ملأ الله قلبه امنا وايمانا وروي نادى مناد يوم القيمة اين الذين كان اجورهم على الله فلا يقوم الا من عفا **قوله** ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة اي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل منصورا على الولي فلم يكن الشاهد قاتلا لان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كمن حل قيد عبد انسان فابق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكره فان له اختيارا فاسدا وللمكره اختيار صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره فلذلك انتقل فعل المكره الى المكره *

(قوله)

بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابيوسف رحمهما الله لاضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع *

قوله بخلاف المال اي الدية **قوله** لانهم انكروا السبب اي سبب اتلاف مال المدعى عليه وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا التحميل ولابد منه **قوله** لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا اي ابوحنيفة وابويوسف رحمهما الله اشارة الى قولهما ان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهو شهادة الفروع بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر اي محمد رح من قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول **قوله** والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع (بينهم)

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض واذا شهد شاهدان باليمين و شاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط

بينهم في التضمين اي لا يقال ان كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمنفرد وللمشهود عليه الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب فان للمغصوب منه ان يضمن ايهما شاء *

قوله وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم في الهواء وذا سبب الوصول الى المرمي وذا سبب الجرح وذا سبب ترادف الآلام وذا سبب الموت ثم الموت اضيف الى الرمي الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه احكام القتل من القصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ماليس بموجب موجبا واما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى العلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى ان يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف علمه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم احصن لا يرجم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فثبت انه علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذ الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال

قوله واذا شهد شاهدان باليمين يعني شهدا انه قال لعبده ان دخلت الدار (فانت)

ولورجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

* كتاب الوكالة *

فانت حرا وقال لامرأته وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق *

قوله ولورجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات والى هذا مال شمس الائمة السرخسي والى الاول فخر الاسلام البزدوي ولوشهدا بالتفويض وآخران بانها طلقت او اعتقت فالتفويض كالشرط *

* كتاب الوكالة *

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامراي مفوض اليه والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغة ومنه وكله بالبيع فتوكل به اي قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ والوكالة الحفظ فذاك مسبب عن الاعتماد والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل به لان الموكل وكل اليه القيام بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه وقيل التوكيل في الشرع عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة اخبر الله تعالى عن اهل الكهف انهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الامم الماضية بلا انكار يكون شريعة لنا مالم يظهر ناسخه والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم بن حزام بشراء اضحيته واجماع الامة والمعقول فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه الى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته ولكثرة اشغاله ولكثرة ماله فيحتاج (الى)

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي ع م

الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لانحصرت فيها قلنا حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك *

قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره ولا ترد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي بشرى الخمر وبيعها لان ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد نقضا لانه لم يقل كل عقد لم يجز له ان يعقده بنفسه لا يجوز ان يوكل به غيره فان قيل يرد في طرده نقض وهو ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها قلنا الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا يكون هي مانعة لعبارة التصرف بلفظ الكل حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطئها لا يرد عليه الحائضة والمحرمة لانا نقول هناك جائز ايضا الا ان المنع من الوطئ جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ولا نقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بتملك المشترى لان المشترى ملك الغير وانما يصح لانه امر بايجاب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه (في)

وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن سلمة رضي الله عنه **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض * وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي

في الاستقراض لان البدل في باب القرض انما يجب دينا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر اولا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير ولهذا لو اخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا صح يثبت الملك للمرسل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو ملكه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد يرجع اليه فلا يمكننا تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة لان الوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره فلهذا لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جاز ان يوكل به غيره اراد به فيما يملكه فلا يرد عليه الاستقراض نقضا *

قوله وكل بالشراء حكيم بن حزام اي بشراء الاضحية **قوله** وبالتزويج عمر بن ام سلمة وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي عليه السلام **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وفي الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقره لكبر سنه اولانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكيا وكذا بايفائها اي باداٸها واستيفائها اي قبضها الا في الحدود كحد القذف والسرقة والقصاص فان الوكالة لا يصح باستيفائها مع غيبة الموكل (عن)

بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع منه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابويوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا ومحمد رح مع ابيحنيفة رح وقيل مع ابييوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفه رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر

عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولهذا لا يستوفي بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل وقال الشافعي رح يستوفى القصاص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة والعقوبة تسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيل لا يشعر به بل هو الظاهر لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له *

قوله بخلاف غيبة الشاهد اي يستوفى الحدود والقصاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصا في حق العدول بخلاف حال الحضرة اي حضرة الموكل اي يجوز للوكيل ان يستوفي القصاص حال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو **قوله** وليس كل احد يحسن الاستيفاء هذا جواب لان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان في التوكيل شبهة البدلية واستيفاء القصاص مما لا يجري فيه الابدال فاجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع منه ينسد باب الاستيفاء اصلا **قوله** وهذا الذي (ذكرنا)

لان الشبهة لا تمنع الدفع فيرا ن اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به * وقال ابو حنيفة رح لايجوز التوكيل بالخصومة الابرضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا اوغائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهوقول الشافعي رح ولاخلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

ذكرنا قول ابيحنيفة رح اشارة الى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد القذف والسرقة والقصاص ثم قال الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لايصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومه داخلا في صدر الكلام وهذا قول ابيحنيفه رح وقال ابويوسف رح لايجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابيحنيفة رح وهوالاظهر وقيل مع ابييوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره *

قوله لان الشبهة لا تمنع الدفع لان دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل اذا اقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفي القياس يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل الا ترى ان في سائر الحقوق جعل اقراره كاقرار الموكل فكذلك في القصاص وفي الاستحسان نقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص لايستوفى بحجة قائم مقام غيرها توضيحه انا حملنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندرئ بالشبهات دون ماثبت مع الشبهات **قوله** مريضا المراد نفس المرض وقيل ان تكلف الحضور بالركوب على الدابة وغيرها يزداد مرضه **قوله** لاخلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم هل ترتد الوكالة برد الخصم ام لا عنده ترتد ولا يلزم للخصم الحضور والجواب بخصومة (الو)

لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتاخرون **قال** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلابد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره * ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد

الوكيل وعندهما لا ترتد برده ويلزم الحضور والجواب بخصومته والمتاخرون اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اباء الوكيل لا يمكنه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه الا برضاء صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح * **قوله** لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه وهذا لانه وكله بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فيصح بلا رضاء الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضي **قوله** ولو كانت المرأة مخدرة وهي التي لم تخالط الرجال بكرا كانت او ثيبا قال الرازي رح يلزم التوكيل وفي فتاوى قاضي خان وعامة المشائخ اخذوا بما ذكر ابو بكر الرازي وعليه الفتوى **قوله** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رح واما على قول ابي حنيفة رح فالشرط (ان)

ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا * واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة * وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع

ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا لاصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي ويلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فان كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد اي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه *

قوله ويقصده اي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة تكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى وكل محدث يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالعقل والتمييز **قوله** ولا يتعلق بهما الحقوق كالقاضي وامينه ثم الصبي اذا بلغ لا يلزمه تلك العهدة والعبد اذا اعتق يلزمه تلك العهدة لان المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي حق الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ **قوله** والعبد من اهل التصرف على نفسه ولهذا لو اقر بالمال لزمه بعد الحرية وصح اقراره بالقصاص والحدود *

(قوله)

قو

ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب *

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلّم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع

قوله ثم علم انه صبي او مجنون قيل المراد بالمجنون الذي يعقل البيع والشراء حتى يصح الانابة ويكون بمنزلة الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله مجنون وفي الكافي للعلامة النسفي رح وعن ابيبوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور جاز له الفسخ فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد **قوله** كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل كالبيع والاجارة **قوله** وصار كالرسول وهو ان يقول رجل لآخر كن رسولا عني في بيع عبدي **قوله** ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا اي صحة عبارته لا لكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا فثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا انه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل لا لاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق وفي الايضاح ان للوكيل ان يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء وان وكل الموكل (لم)

ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رضه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الاترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب

لم يجز لان الوكيل اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير *

قوله يخاصم في العيب ويخاصم بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني **قوله** والملك يثبت للموكل خلافة اي ابتداء بدلا عنه لا ان يثبت للوكيل ثم ينقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه **قوله** هو الصحيح احترازعن قول الكرخي فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء اولا ثم ينتقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه **قوله** وكل عقد يضيفه الى موكله اي لا يستغني فيه عن الاضافة الى الموكل ولو اضاف الى نفسه كان له كالنكاح **قوله** لان الوكيل فيها سفير ومعبر السفير هو الذي يحكي قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير كما اذا حكى قدف الغير لا يكون قاذفا **قوله** فصار كالرسول اي فصار الوكيل في النكاح وامثاله كالرسول في باب البيع **قوله** وهذا لان الحكم فيها اي هذه العقود وهي النكاح وامثاله لا تقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم *

(قوله)

لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفيرا ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يتلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه *

قوله لانه اسقاط اي لان السبب اسقاط اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما ثبت الملك له عليها ضرورة للتمكن من الوطئ ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير ففيما وراء ذلك فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرية تنافي الملك والساقط يتلاشى ولا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم لغيره لانه لا يجوز ان يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره **قوله** فلا يجعل اصيلا اي فلا يجعل الوكيل اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة وهي للوكيل **قوله** وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما لو وكله بالاستعارة والارتهان والاستيهاب فالحكم والحقوق كلها يتعلق بالموكل **قوله** وكذا الشركة والمضاربة اي الوكيل في الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه **قوله** الا ان التوكيل بالاستقراض باطل لان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته ولو قال بع شيئا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال التزم العشرة في ذمتك على ان عوضه لي فكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل (با)

قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد * فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين *

بالتكدي فكان باطلا وما استقرض الوكيل له ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله *

قوله يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وانما كان هذا لان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معا فالمشتري يبرأ ببراءة الآمر ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الآمر على المامور بشيء فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قصاص آخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لا يحتاج الى قصاص آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة ولانا اذا جعلناه قصاصا بدين الموكل فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل فقد اثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده

قوله لما انه يملك الابراء عنه عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك قوله ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين اي في فصلي المقاصة والابراء ولا يجوز للوكيل الابراء عن الثمن في قول ابي يوسف رح لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل (باب)

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار * الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رائه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشتمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قوله فلا بد من تسمية جنسه كالجارية والعبد وصفته اي نوعه كالتركي والحبشي والاصل ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي يمنع صحة الوكالة وان بين الثمن ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروي والمروي فانها لا يمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا يصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا يصح ومتوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او بشراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال **قوله** ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق **قوله** مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية اي مثال ما يجمع انواعا (قوله)

او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبن صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل ماهو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال * **قال** وان سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه **قال** ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم

قوله والمولد في المغرب المولدة التي ولدت في بلاد الاسلام **قوله** وكذا اذا بين الثمن بما ذكرناه اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وقال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن مالم يبين النوع كذا في الذخيرة **قوله** وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا اي يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة في الوصف فيصح والوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمر انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي اذا امر انسانا ان يشتري له حمارا ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه وقد صح ان النبي عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية

(قوله)

وجه الاستحسان ان العرف املك وهو علي ماذكرناه اذا ذكرمقرونا بالبيع والشراء ولاعرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلي الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق **قال** واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب مادام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الي الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز *

قوله وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وهو علي ماذكرناه اي على الحنطة ودقيقها قيل هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فامافي غير اهل الكوفة ينصرف الى شراء كل معطوم وبعض مشائخ ما وراء النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فيصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد ره وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الا ان يكون ثمه وليمة فعلى الخبز وان كثرت وان قلت فعلى الخبز والقلة مثل درهم الى ثلاثة والوسطة مثل اربعة الى خمسة او سبعة *

قوله ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم اي يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه فقال اسلم في كذا اي اشتري بالسلم وانما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لوصح التوكيل يجب ان يكون بيع الوكيل طعاما في ذمة نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان الثمن لغيره لا يجوز وكذلك في الديون

(قوله)

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح * **قال** واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

قوله فان فارق الوكيل صاحبه اي في الصرف والسلم قبل ان يقبض المسلم اليه رأس المال **قوله** فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق اي يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون اولم يتعلق الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه وهذا دفع سوال وهو ان الصبي المحجور والعبد المحجور اذا توكلا من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما فكيف يتعلق ههنا بالصبي المحجور والعبد المحجور حتى بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما فاجاب ان قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيح وان كان لا يلزمهما فدار ههنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض بالصحة لا باللزوم وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط وفي حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو بمنزلة (وكيل)

وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بيناانه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له
ذلک لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا
لايمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلک كان مضمونا
ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح

وكيل يتعلق به حقوق العقد قوله بخلاف الرسولين اي في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت
في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد*
قوله وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا اي سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع
اولم يدفع كذا في المبسوط وفي الذخيرة ولم يذكر قول محمد رح في شيء من الكتب
ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل
حتى يستوفي الثمن منه حكي عن الشيخ شمس الائمة الحلواني ان له ذلک وانه صحيح
لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمي
انعقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما نقد الوكيل اولم ينقد
قوله قلنا هذا مما لايمكن التحرز عنه يعني القبض للوكيل على وجه يصير الموكل به
قابضا مما لايمكن التحرز عنه للوكيل وما لايمكن التحرز عنه يجعل عفوا فكان في حكم
العدم فلم يكن دليل سقوط حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولايتحقق
عنه الرضا في مالا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما في حكم
هلاک المبيع حتى هلک من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لا في حق عدم ولاية الحبس
له بالثمن **قوله** مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا
فيكون في معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع اولم يحبس
توضيحه انه يحبسه ليستوفي ما ادى عنه من الثمن والحبس لاستيفاء حكم الرهن (وهما)

وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به *

قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابيحنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم

وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري بدليل جريان التحالف والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة انما يثبت ذلك بحكم البيع *

قوله ضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق وصورة ظهور هذه الاختلافات اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الغصب ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن او المبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويسقط الثمن كله ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع او الرهن قوله كما اذا رده الموكل بعيب اي الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه يصير للوكيل ولا ينفسخ بين البائع والوكيل **قوله** لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابيحنيفة رح فان قيل ينبغي ان لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم عنده لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وهو قد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت اصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان (المرأة)

وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراءها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر *

المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم وهو مخالفة الى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل *

قوله وذكر في بعض النسخ اي بعض نسخ القدوري ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمي له فكان مشتريا للآمر **قوله** فينفذ شراؤها عليه اي شراء الزيادة على الوكيل وشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند ابيحنيفة رح لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة للآمر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة (بين)

قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسها ولم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فنفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او نشتريه بمال الموكل قال رض هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او نشتريه بمال الموكل

بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليل حيث قال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا يعرف الا بالحزر والظن *

قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهد واني قد اشتريت لنفسي الا اذا خالف في الثمن لا الى خير او خالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا او اشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشتريا لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كذلك حال غيبة الموكل **قوله** فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون **قوله** لان حضره رأيه فلم يكن مخالفا وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط (لوقوع)

دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكّم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكّم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن ايّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان ما تصادقهما به يحتمل النية للآمر

لوقوع الطلاق فلا يقع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثباتات فلا يكون قابلا للتعليق والمعنى في المسئلة انه امكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفة لا في ضمن الموافقة *

قوله دون النقد من ماله اي المراد بقوله او نشتريه بمال الموكل ان يضيف العقد الى دراهم الموكل لا ان ينقد من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لان فيه تفصيلا بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشرى للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا اي في ما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يشتريه للموكل او للوكيل فعلى قول محمد رح العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما يجيء **قوله** وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اي قوله او نشتريه بمال الموكل مطلق اي مذكور من غير خلاف فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد الى مال الموكل **قوله** حملا لحاله على ما يحل له شرعا ويفعله عادة هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم آمره واضافة العقد الى دراهم نفسه فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للمسئلتين اذ العرف مستمر بان مضيف العقد الى دراهم نفسه مشتر لنفسه والمضيف الى دراهم آمره مشتر لآمره (فاما)

وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فی الطعام علی هذه الوجوه **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسک فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان فی الوجه الاول اخبر عما لايملک استينافه

فاما التمسک بدلالة الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولی خاصة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الی مال غيره حرام ولكن الشراء لغيره باضافة العقد الی مال نفسه ليس بحرام *
قوله وفي ما قلناه حمل حاله على الصلاح لانه لوقلنا بان العقد يقع له فان نقد من مال الآمر يكون غاصبا فقلنا يقع للموكل اذا نقد من ماله حملا لحاله على الصلاح **قوله** والتوكيل بالاسلام فی الطعام علی هذه الوجوه اي وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع انه توكيل بالشراء وقد بين حكمه لان بعض مشائخنا رحمهم الله قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم العقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء ومسئلة السلم علی قول ابي يوسف رح والفرق ان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فانه اذا لم ينقد رأس المال يبطل السلم فاذا جهل من نفذ عليه وجب استبانة ذلک بالنقد وليس للنقد اثر في تنفيذ الشراء حتی يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعاقد عملا بقضية الاصل كذا فی الذخيرة وفرق ابويوسف رح بين هذا وبين الماموربالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة والعبادة لا يتعدی الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترک ماهو الشرط اما فی المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترک النية عن الآمر مخالفا فيبقی حكم عقده موقوفا علی النقد كذا فی المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيوعه **قوله** اخبرعما لايملک استينافه لان العبد ميت والكلام فيه والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء (قوله)

وهوالرجوع بالثمن على الآمر وهوينكر والقول للمنكر وفى الوجه الثاني هوامين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولوكان العبد حيا حين اختلفا انكان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابيوسف ومحمد رح لانه يملك استينا ف الشراء فلايتّهم فى الاخبار عنه وعند ابيحنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولاثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حيّ فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا اوغير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين

قوله وهو الرجوع بالثمن اي سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر وفي بعض النسخ لايملك استينافه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر **قوله** لانه يملك استيناف الشراء لان العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال لاجل الآمر فان قيل الشرى لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه اولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استيناف الشراء دائر مع التصور فيتصور ان يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل **قوله** تبعا لذلك اي تبعا لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الامانة لانا انما صدقنا باعتبار الثمن لانه يدعى الخروج عن عهدة الامانة ومن ضرورة ذلك قبول قوله في ان الشراء كان للآمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لاينظر الى وصفه فلاينظر هنا الى كون الوكيل متهما اوغير متهم **قوله** ولا ثمن في يده ههنا اي في ما اذا لم يكن الثمن منقودا **قوله** لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه فان قيل (الولي)

على ما ذكرناه لابيحنيفة رح* ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكران يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد برده*

الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رح مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول ابي حنيفة رح لا يرد الاشكال على قوله اونقول لو كان في تزويج الصغيرة اخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين *

قوله على ما ذكرناه لابي حنيفة رح اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على وجهين اما ان وكله بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما اذا كان الثمن منقودا اولم يكن وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما او هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول للوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهدة الامانة **قوله** بعني هذا العبد لفلان معناه انا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعه حتى اشتريه لاجله **قوله** فان فلانا ياخذه اي له ولاية الاخذ **قوله** لان قوله السابق وهو قوله بعني هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لا يملك قلنا اللام للتمليك وانما حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسوال الاسقاط ولا كذلك ههنا (قوله)

في

قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر فى الباب **قال** ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز فان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلّت الزيادة او كثرت فلا يجوز

قوله الا ان يسلمه المشتري له روي بروايتين على صيغة اسم الفاعل ومعناه الا ان يسلم العبد الفضولي الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر اي الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة يلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري **قوله** وعليه العهدة اي وعلى المشتري العهدة لانه صار بائعا من فلان بالتعاطي **قوله** وهو المعتبر اي التراضي فى الباب اي في باب البيع قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض **قوله** لانه توكيل بالشراء قيد به احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند ابي حنيفة رح بالغبن الفاحش واما فى التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش * (قوله)

الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى * **قال** وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابيحنيفة رح وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا تبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابيحنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها

قوله الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم فان قيل الخلاف قد تحقق والشرى لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح اقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها بصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها والشرى قد يتوقف اذا لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمرتد **قوله** ان يسلم ما عليه اي يشتري بعقد السلم او يصرف اي يشتري بما عليه الدراهم او الدنانير **قوله** فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء اي التقييد بالدين او بالعين وعدم التقييد سواء **قوله** ولابيحنيفة رح انها تتعين في الوكالات اي بعد التسليم الى الوكيل وفي الذخيرة قال محمد رح في الزيادات رجل (قال)

ثم استهلک العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلک لايجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون آمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلک باطل كما اذا قال اعط مالي عليک من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرى على المامور فيهلک من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا *

قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال الاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة اليه فاما بعد التسليم هل تتعين اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشائخ اثنتان احدهما يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر في ما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شرائه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل *

قوله ثم استهلک قيد بالاستهلاک لان الوكالة لا تبطل بالهلاک في يد الموكل وانما تبطل بالهلاک في يد الوكيل **قوله** كما اذا اشترى بدين على غير المشتري اي على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلک الدين الذي له على عمرو لا يجوز **قوله** او يكون آمرا بصرف ما لا يملكه معطوف على كان هذا تمليک الدين **قوله** الا بالقبض قبله اي قبل القبض والمراد من الصرف (الدفع)

قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الفا فيضمن *

قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة

الدفع لا بيع الصرف اي صار امرا بتمليك مالا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ورب الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان امر رب الدين المديون بالدفع الى البائع امرا فيما لا يملكه فكان باطلا كما اذا قال اعط ما لي عليك من الدين من شئت والجامع ان كلا منهما تمليك ما هو غير مملوك وفي المبسوط ولابي حنيفة رح ان رب الدين امره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع ما لي عليك من الدين الى من شئت او القه في التجارة فان قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وامر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح قلنا ذاك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الاجر في القبض *

قوله فالقول للامر لانه خالف (لانه ان اشتراها بالف فالوكيل بشراء جارية بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش وان اشتراها بخمسمائة فالامر يتناول جارية تشترى بالف فكان مخالفا فيكون مشتريا لنفسه) * (قوله)

وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المامور **قال** ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البائع المامور فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف هو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر والله اعلم بالصواب

قوله وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان اي فمعنى قولنا القول قول للآمر انهما يتحالفان **قوله** قيل لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر رح لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع فيجعل تصادق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد وقيل يتحالفان وهو قول الامام ابي منصور الماتريدي وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع اي المامور لانه بائع تقديرا في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البائع وهو المامور ههنا مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري فمنكر فعلى المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المامور وهو المدعي فلان يجب على المشتري المنكر وهو الآمر اولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسلام رح في الجامع الصغير لولا ان المراد هو التحالف للزمت الجارية الآمر لان الآمر اذا حلف صار الشرى بخمسمائة والجارية تساوي الفا فانها تلزم الآمر فثبت بهذا انه اراد بقوله ويلزم الجارية المامور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الآمر ولزمت الجارية المامور **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذا هو حاضر * (فصل)

* فصــــــل فى التوكيل بشراء نفس العبد *

قال واذا قال العبد لرجل اشترلي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء

---

* فصــــــل فى التوكيل بشراء نفس العبد *

قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق اذ البيع ازالة ملك بعوض الى آخر فجاز ان يستعار منه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء لان ما يثبت يثبت بضروراته ولوازمه **قوله** وان لم يعين للمولى اي لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **قوله** لان اللفظ حقيقة للمعاوضة اي لان قوله اشتريت عبدك بالف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بالحقيقة اذا لم يبين فيحافظ على المعاوضة **قوله** بخلاف شرى العبد نفسه حيث نجعله الاعتاق وجه الورود انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقته اينما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة في ما اذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل بل حمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما **قوله** وعلى المشتري الف مثله هذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع (١)

بخلاف الوكيل بشرى العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد
وفي الحالين المطالبة يتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل
والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك
من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره
في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده

الشراء للعبد نفسه حتى اعتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان
في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف
اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه *
قوله بخلاف الوكيل بشراء العبد عن غيره اي بخلاف ما لو وكله غير العبد ان يشتريه له
فانه يصير مشتريا للآمر سواء اعلم الوكيل البائع انه اشتراه لغيره اولم يعلمه وههنا ما لم
يعلمه انه يشتري للعبد لا يصير مشتريا للعبد لان العقدين ثمه على نمط واحد في الحالين شراء
وفي الحالين المطالبة متوجهة الى الوكيل فلا يحتاج الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب
للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير فلا يرجع الحقوق اليه وربما يرضى السيد باحدهما
دون الآخر وفي الجامع الصغير للتمرتاشي والمطالب بالثمن الوكيل وفي رواية العبد
وفي باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا
ذكر في وكالة الجامع الكبير واذا وجب المال على الوكيل يرجع الوكيل على العبد ووجه
رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهناك يصير هو المطالب
بتسليم البدل فكذا هنا وعن عيسى بن ابان ره قال الصحيح ما ذكر في هذا الموضع دون ما ذكر
في الجامع لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني من اضافة
العقد الى الامر وليس له من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل
قوله ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا (ففعل)

حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا
فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون
المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر

ففعل اي قال بعت فهو للآمر وانما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت واما اذا وقع الشراء
للعبد يتم العقد بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي بكذا بناء على ان الواحد
يتولى طرفي الاعتاق على مال اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفي البيع وان كان المال مقدرا *
قوله حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته
لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن
الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كان يده
كيد الموكل حكما لانه لا يمكنه الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس
الوكالات ولكن للبائع التحرز عنه في حبس الوكالة بان باع عبده بوكيل لا يشتري
نفسه ولان يد الوكيل يد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقديرا بحكم النيابة فامكن ان يجعل
يد الوكيل يد نفسه في حق الحبس ويد موكله في حق الضمان حتى هلك من مال الموكل
اعتبارا للجهتين فاما العبد في قبض ماليته ليس بنائب عن مولاه بل خرج العبد عن يد مولاه
حقيقة وحكما بالبيع ولهذا لو هلك لم يهلك من مال المولى فلم يبق له حق الحبس لهذا
قوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين جواب سوال وقد ذكر السوال والجواب
في الفوائد الظهيرية فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه والوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك الشراء لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولى ان لا يقع الشرى لنفسه لانه لما
لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بانه يشتري لنفسه لما مر اولى ان لا يقع لنفسه
عند الاطلاق قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف اما اذا تنوع فلا والموجود من العبد بتقدير
الاضافة الى الموكل شرى وبتقدير الاطلاق او الاضافة الى نفسه قبول الاعتاق (قوله)

قيب

وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه *

* فصـــــل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين اوخلع امرأته على ذلك او استوهبه فوهبه المالك منه او اشتراه باكثر من الثمن الذي عينه او بخلاف جنس ذلك الثمن **قوله** لان المطلق يحتمل الوجهين فان قيل ينبغي ان يقع الشرى للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفي ما نحن فيه لو وقع الشرى لموكله كان الشرى معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع الشرى للوكيل كان الشرى معمولا بمجازه لان الشرى غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل يفوت هذا الغرض اونقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة سباحة محضة *

* فصـــــل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشرى لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رح وفي الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع فان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة

وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الامن عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف **قال** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابيحنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود

فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا يقبل شهادته بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات فابوحنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب قلنا لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون منهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة *

قوله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كماذكر في الذخيرة **قوله** اذ الاملاك متباينة دل عليه انه يحل للابن وطئ جاريته ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل وطئها حو قال ابوحنيفة رح قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في مواضع التهمة **قوله** والاجارة والصرف على هذا الخلاف وكذا السلم خصهما

ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشرى من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن اوبالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفه رح على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالذكر لان شرعية الاجارة على منافاة الدليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة فيزداد انتفاء شرعيتها بعقد الاجارة مع من لا يقبل شهادته فيجب ان لا يجوز اجارة الوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط (وله) كان يجب ان لا يجوز اجارة الوكيل مع من لا يقبل شهادته بالاجماع وكذا السلم فتبين بهذا انهما ايضا على الاختلاف *

قوله ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الجمد والفحم والاضحية التوكيل بشراء الفحم يتقيد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجمد بايام الصيف في تلك السنة والتوكيل بشراء الاضحية بايام النحر في تلك السنة اوقبلها **قوله** ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لوحصل من المريض يعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي وهو وكيل بالبيع المطلق دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر **قوله** والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح والمسائل مروية عن ابي يوسف رح فاما عند ابي حنيفة رح يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام **قوله** وانه بيع من كل وجه اي البيع بالغبن اوبالعين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي البيع بالغبن اوبالعين **قوله** والمقايضة شراء من كل (وجه)

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مرّ حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد *

قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف *

وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما جواب عن قولهما بانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه *

قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها هذا في ما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة او كثرت وفي الذخيرة والوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابيحنيفة رح وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا ان الشراء اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شرى من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشرى بالاتفاق ثم الغبن الفاحش متحمل في بيع المقايضة في ظاهر الرواية عن ابيحنيفة رح لانه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع يملك البيع بما عزّ وهان عنده وروى الحسن عن ابيحنيفة رح في الوكيل بالبيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والافلا ووجه هذه الرواية انه في جانب العرض مشترٍ والوكيل بالشراء لا يشتري للآمر بالمحاباة الفاحشة **قوله** وقيل في العروض ده نيم الخ (جعل)

قيمة

قال واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند ابيحنيفة رح لان اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عند هما * وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الشرى يتحقق التهمة

جعل هذا مما لا يتغابن فيه وفي الجامع الصغير للتمرتاشي قيل قدر ما يتغابن الناس فيه في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده جعل هذا بيان الغبن اليسير وفي النهاية وهذا بيان الغبن اليسير ويتحمل هذا المقدار من الغبن في هذه الاجناس على هذا الترتيب *

قوله واذا وكله ببيع عبده قيد بالعبد لان بيع النصف في ما وكل ببيع ما ليس في تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق وفي الايضاح في باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل بعض ما امر به فان لم يكن في تبعيضه ضرر جاز في قولهم لان البيع تناول الجملة فكان متناولا للابعاض وليس في التفريق ضرر

قوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فان قيل انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف يتضمن عيب الشركة في العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل قلنا ضرر الشركة اهون واقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لان يجوز هذا وهو ضرر الشركة اولى **قوله** وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف اي بالاتفاق ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رح في الوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه قال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه (١)

على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق **قال** ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه

وقبض الثمن اولم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة اوباباء يمين اوباقرارة فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها فى الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الي هذه الحجج لظهور التاريخ اوكان عيبا لا يعرفه الا النساء اوالاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر اليها فى الرد حتى لوكان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الي شيء منها وهورد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة

الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابويوسف رح يقول بان العقد موقوف على اجازة الموكل الاترى انه لواجاز صريحا لنفذ عليه والاعتاق اجازة منه فنفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول بانه خالف في ما امر وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل ان يشتري بقي مخالفا فان اعتقه الآمر لم يجز كذا فى الايضاح *

قوله على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه **قوله** وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه لان له ولاية مطلقة في ملكه والامر بالشراء صادف ملك الغير لانه يلاقي مال البائع وذمة المامور وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير ولا يعتبر اطلاقه فيه لان العمل به ضروري ولا عموم للضروريات فاذا صار المتعارف مرادا لم يبق غيره مرادا ولانه لواعتبر العموم فى التوكيل بالشراء لاشترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فحمل على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير والوكيل بالبيع لا يعدو تصرفه ما امر ببيعه فامكن اعتبار الاطلاق فيه **قوله** وتاويل اشتراطها فى الكتاب يعني لما تيقن القاضي بحدوث (۱)

قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر*

قال فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكان السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله

العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستند الى هذه الحجج فما معنى اشتراطها فقال تاويل اشتراطها ان القاضي علم ان العيب لا يحدث مثله في شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج ليظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي ان العيب كان عند البائع لان مثل هذا العيب لا يحدث في مثل هذه المدة او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى هذه الحجة للرد فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول *

قوله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين اي ان نكل الوكيل يرده على الآمر ايضا وفيه خلاف زفر رح فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا دليل زفر رح فجعل هذا وما لو يرد عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذا في حق الموكل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك بعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه بخلاف ما لو اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول ولكن في عمل باشره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره **قوله** والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن (علمه)

بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لايكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غيران الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

علمه هذا يشير الى ان الوكيل يحلف على البتات اذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر الى النكول *

قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لايكون له ان يخاصم بائعه اي موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع في انه يرد عليه الوكيل تارة ويخاصمه في الرد في بعض الصور والفرق ان الرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره بيعا جديدا لفقد التراضي فكان فسخا الا ان هذا فسخ بدليل قاصر فلقصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل ردا على الموكل ومن حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث فيبطل حق الخصومة فان قيل الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم اطلع المستاجر بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى كان الوكيل استاجر من المستاجر وذلك جائز اذا فعل قلنا لافرق بينهما في الحقيقة لان قبول الوكيل في الاجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل في البيع بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهي غير مقبوضة **قوله** ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار فانه يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضي لو ترافعا اليه لان الرد متعين في هذا فاذا تعين (۱)

قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق *

قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابيحنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف

الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وفي حكم الاصل اذ الاصل في هذه المطالبة بوصف السلامة وانما يصار الى الرد لضرورة العجز فاذا نقلاه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا لو امتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل النقل الى غيره وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

قوله ولا دلالة على الاطلاق اي معنى الوكالة على التقييد حيث لا يثبت الوكالة بدونه ولهذا ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيع ذلك الشيء الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لم يكن له ان يتصرف فيه بشيء بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط اما لو دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** ومن ادعى التقييد في الوكالة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** الى اي اجل كان عند ابيحنيفة رح حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق * (قوله)

والوجه قد تقدم * ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه *

* فصــــل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما

قوله والوجه قد تقدم اي الوجه من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض وعندهما يتقيد بالمتعارف **قوله** فتوى المال عليه بان مات الكفيل مفلسا والمكفول عنه ايضا مات مفلسا او غاب ولا يعرف موضعه او بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك ره فحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل **قوله** والوكيل بالبيع يقبض اصالة لان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان واخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا والاستيفاء مملوك له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف رح لان الحوالة يتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يملك ذلك ولو رد الرهن جاز وضمن للموكل اقل من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف رح لا يصح رده *

* فصــــل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدي هذا او بخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما (ا)

والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري * قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة * اوبطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض اوبرد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما اوقال امرها بايديكما لانه تفويض الى رائهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما *

ان يتفرد في التصرف وفي المبسوط في باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل اخر به ايضا فايهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقدة على حدة حيث لا يتفرد واحد منهما بالتصرف في اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة ثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد بالتصرف وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجز في قول ابيحنيفة رح * قوله والبدل وان كان مقدرا جواب سوال وهو ان البدل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى الرأي فينبغي ان يستبد كل واحد منهما بالتصرف ح فقال والبدل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن في البيع يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهدايته او يختار الآخر مشتريا لا يماطل في اداء الثمن قوله الا ان يوكلهما بالخصومة فلا يشترط حضور صاحبه في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط قوله للافضاء الى الشغب وانه مانع من اظهار الحق ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء قوله والرأي يحتاج اليه سابقا يعني ان الخصومة وان افتقرت الى تعاون الرأيين ليعتضد كل واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الاصوب فيها لكن انما يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء قوله اوبرد وديعة قيد بردها (لانه)

فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء *

قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء * او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه فاذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي *

لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة له ليس لكل واحد منهما ان يتفرد بالقبض وفي الاصل واذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل ينبغي ان يكون ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه فاما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه *

قوله فاعتبره بدخولهما اي فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بان قال ان دخلتما الدار فامرأته طالق لا تطلق ما لم يدخلا **قوله** فعقد وكيله بحضرته جاز لم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل الاول جاز وحكي عن الكرخي رحمه الله انه قال ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان محمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان اجازة بيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا هنا ومتى اجاز فانما يجوز (لان)

قيه

قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهران غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن **قال** اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما

لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلة روايتين وجه رواية الجواز بحضرة الاول من غير اجازته انه حضره هذا العقد رأي الاول * **قوله** وتكلموا في حقوقه ذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وذكر الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول **قوله** ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز اطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد **قوله** معناه التصرف في مالها يريد به التعميم اي لا يختص بالبيع والشرى بل اي تصرف كان لم يجز ومعنى قوله معناه التصرف في مالها ان الشرى ينفذ عليه لا عليها لانه تصرف في مالها وليس له ولاية على مالها او معناه بان اشترى لها بمالها لا ان يكون المراد ان يشتري لها بمال نفسه (قوله)

وقال ابويوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وانكان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك * **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على مامر *

قوله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك ان تصرفهما على المسلم لا يجوز وانما خص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشرى نافذة وان قتل على ردته عندهما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع **قوله** لان الحربي ابعد من الذمي الا ترى ان شهادته على الذمي لا تقبل والذمي صار منا دارا وان لم يكن منا دينا وتحقق في حق الذمي ماهو خلف من الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شيء من الاصل والخلف والله اعلم

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض سواء كانت الخصومة في الدين او في العين **قوله** والفتوى اليوم على قول زفر رح روى ابوبكر البلخي رحمه الله ان محمد بن سلمة وغيره من مشائخ بلخ رح اخذوا فيه بقول زفر وبه افتى ايضا الصدر الشهيد حسام الدين رح **قوله** لانه في معناه وضعا (ا)

قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابيحنيفة ره حتى لواقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل اوابرائه تقبل عنده وقالا لايكون خصما وهو رواية الحسن عن ابيحنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابيحنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لايتصور

اي لان التقاضي في معنى القبض في اصل اللغة ذكر في الاساس تقاضيته ديني بديني واقتضيته استقضيته واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لانه يراد به المطالبة في العرف *

قوله والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابيحنيفة رح قيد بالدين لان الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لاغير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصما فيهما فاذا ثبت هذا فقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لوقبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له اخذه بلا قضاء ولا رضاء كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال ابوحنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الدار بالشفعة والوكيل بالشراء خصم حتى يقبل البينة عليه والقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان تقاسم مع شريكه فالشريك اقام البينة على الوكيل بان شريكي الذي هو موكلك اخذ نصيبه تقبل لانه خصم والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا برد المبيع على البائع فاقام البائع البينة على الوكيل ان المشتري رضي بالعيب تقبل بينة لانه خصم * (قوله)

الا انه جعل استيفاءً لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها *

قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا

قوله الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله انه وكله بالتملك **قوله** وهذا اشبه باخذ الشفعة اي مسئلة الكتاب اشبه بمسئلة الشفعة من المسائل الثلث الاخر لان في هذه المسائل ما لم يوجد المبادلة لا يثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين **قوله** وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اي كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك لانه وكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه ليس بتوكيل بالمبادلة فصار امينا محضا ورسولا فلم يتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا يقبل البينة عليه اصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر امروا باعادة البينة على ما ادعوا لان البينة قامت على شيئين على العتق والطلاق والبيع وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل ان قامت البينة لا على خصم ففي (قصر)

قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق *

قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابيحنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابويوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين وهو قول ابيوسف رح اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

قصر يد الوكيل قامت على خصم فنسمع هذه البينة في حق قصر يد الوكيل ولم تسمع في حق ازالة ملك الموكل كما لو اقام البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في قصر يده *

قوله وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل واقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض واذا اقر الوكيل بالخصومة سواء كان وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه فاقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على المدعى عليه

قوله لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما امر به والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصبي مع ان ولايتهما اعم من ولاية الوكيل **قوله** ويصح اذا استثنى الاقرار بان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار اي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة وقيل معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار اي لو كان الاقرار داخلا في التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لا يصح استثناء (قبول)

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته يتناول ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه انشاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابيبوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى

قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وهذا ايضا يصلح جوابا عما يقال الخصومة حرام فيجعل التوكيل بها مجازا عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب ان المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة وهنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فبقي توكيل بمحض الخصومة وفى النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة لو كان مجاز المطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك ممتنع ولهذا لو استثنى الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب *

قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة هذه مسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الخلاف ايضا عند زفر والشافعي رحمهما الله يتقيد بجواب هو خصومة لان العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى وفى الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا بالاجماع وصحته قطعا يتناول ما يملكه قطعا والمملوك قطعا مطلق الجواب لا الاقرار ولا الانكار عينا فيصرف الى مطلق الجواب تحريا للصحة قطعا وعن ابيبوسف رحمه الله انه لا يصح استثناء الاقرار لانه لم يملك للتوكيل بالانكار عينا وانما يملك التوكيل بجواب هو حق لا محالة وعن محمد رح انه يصح لان التنصيص على (استثناء)

وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رح ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة اولانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه *

استثناء الاقرار زيادة دلالة على انه متيقن بحقه في الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى اي على ما هو الاولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه حلال في عموم الاحوال والخصومة منازعة وهي حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز بظاهر حاله *

قوله وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب اي وعن محمد رحمه الله انه لم يصحح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبورا عليه وانما يكون مجبورا لدفع ضرر المدعي وفي صحة استثناء الاقرار اضرار به وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخير في اصل الخصومة فله ترك احد وجهيها **قوله** جوابا يسمى خصومة حقيقة بان انكر او مجازا بان اقر والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة اي في جواب الخصومة واطلاق اسم احد المتقابلين على الاخر جائز مجازا قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها اولان الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهرا والجواب تارة بلا وتارة بنعم والسببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزعمه ببطلانها فلا يؤمر بدفع المال اليه فصار كالاب والوصي اذا اقر على اليتيم انه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما (لزعمها)

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه

لزعمهما ببطلان حق الآخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعا غير ان الاقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا *

قوله ومن كفل بمال عن رجل صورة المسئلة ما اذا وكل رب الدين كفيله بقبض المال من المديون لا يصح توكيله ابدا حتى لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل وقوله ابدا اي قبل براءة الكفيل وبعدها اما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة واما بعد البراءة فانه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح لعدم قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه الخبر فاجاز لا يجوز ايضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير لانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه من الدين يصح ذكره في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف المذكور في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية وفي الكافي فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون بابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمه لانه تمليك لا لانه توكيل كما في قوله طلقي نفسك قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر * (قوله)

وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه *

قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان مايقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لايظلم غيره **قال** الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

قوله وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء اي لزمه ضمان قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا من ان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرئ به نفسه فلا يصلح وكيلا **قوله** الا ان يكون ضمنه عند الدفع وصورة التضمين ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيل ولكن لا آمن ان يحضر الطالب ويجحد وكالتك ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا لي عليه باتفاق بيني وبينك فهل انت كفيل عنه بما يأخذ مني فقبل صح وصار كفيلا **قوله** وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض اي قبض رب الدين ثانيا ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه اي ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لقوله بعد هذا وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة **قوله** وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع (رجاؤه)

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدي صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الي فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه

رجاءه رجع عليه لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون امانة عنده من جهة المديون وانما يقبضه ليكون امانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة من جهة المديون ولانه دفع بزعمه وزعمه ان يستفيد المديون البراءة بما يدفعه اليه فيتقيد رضاءه به واما اذا دفعه مع انه كذبه في الوكالة لان الوكيل قبض من المديون المال بشرط ان يستفيد المديون البراءة عما في ذمته فاذا لم يستفد هذا لم يكن المديون راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب فكان له ان يضمنه وهذا اظهر في ثبوت حق الرجوع * **قوله** لما قلنا اي انما دفعه اليه على رجاء الاجازة **قوله** وفي الوجوه كلها وهي الوجوه الاربعة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** لان المؤدي صار حقا للغائب اما ظاهرا في حالة التصادق او محتملا في حالة التكاذب واذا كان الوكيل ظاهر العدالة كان صادقا في قوله ظاهرا وان كان فاسقا او مستور الحال كان قوله محتملا للصدق **قوله** فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه ولو سلم مع هذا ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين رحمه الله في شرح الجامع انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله * (قوله)

لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه *

قال فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق *

قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب **قال** وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين

قوله لانه اقرار بمال الغير لان الوديعة مال الغير بخلاف الدين لان ما يقضيه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه باداء المال ومن اقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل ان يقول ارسلني فلان يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني والرسالة بالاستقراض جائزة **قوله** ولا يستحلف الوكيل لانه نائب وفي الايضاح ولو اراد المطلوب ان يحلف الوكيل ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (و)

لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر *

وقال زفر رحمه الله احلفه على العلم فان ابى ان يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان فانه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين *

قوله لان التدارك ممكن هنالك اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اذ القضاء لم ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة وهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرًا وباطنًا لا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذا حضر على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل فيظهر انه كان راضيا بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشتري وان القاضي اخطأ في قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطاء في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ **قوله** قالوا يجب ان يتحد الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين اي في فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد(١)

قبح

قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم بالصواب *

المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ايضا حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان ونظرا للبائع والمديون فصار عنه روايتان رواية مثل قول محمد وفي رواية يؤخر فيهما *

قوله فالعشرة بالعشرة اي العشرة التي انفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل اي لا يكون متبرعا وقال الامام التمرتاشي رحمه الله هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة فان كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا لو اضاف العقد الى غيرها عند غيبة الطالب وقيل لا تتعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين فيهما **قوله** وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا يعني الوكيل بالانفاق يصير متبرعا في انفاق مال نفسه بغير امر الموكل ويلزمه رد ما قبض اليه لان الدراهم تتعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت يبطل الوكالة وقد خالف امره فيرد عشرته عليه وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بوكيل بالشراء فاما الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لافتقاره في الانفاق الى شراء ما يحتاج اليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا قياسا واستحسانا لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في الاحوال كلها وربما يظفر في السوق بشيء مما يحتاج اليه فلو لم يتمكن من الشراء ونقد الثمن من دراهم نفسه على سبيل الاقراض من الموكل واخذ دراهمه بجهة حقه لكونه ظافرا حقه ادى الى الاخلال بالغرض المطلوب وبهذا الطريق اذا قضى الوصي دين الصغير بمال نفسه يتمكن من الرجوع في ماله كذا في الاوضح والله اعلم (باب)

* باب عزل الوكيل *

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه

---

* باب عزل الوكيل *

قوله بطلب من جهة الطالب قيد بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وبكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه و وكل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه اذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه **قوله** لما فيه من ابطال حق الغير و هو ان يحضره مجلس الحكم و يخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل وربما يغيب المطلوب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل اصلا لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيلا آخر **قوله** وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي في تعلق حق الغير بوكالة الوكيل و بطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا ان الموكل في الرهن لا يملك عزله اصلا اذا لم يرض المرتهن به والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب وان لم يرض به الطالب لانه لا يبطل حقه ح لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وفي الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا لانه لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع **قوله** لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته وفي ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل لما زوج لموكله (او)

فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده *

قال ويبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه

او طلق امرأته اوباع او اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبا للوكيل في ما ادعى من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل وفي تكذيب الانسان في مايقول ضرر عليه وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشرى فان قيل ابطال الولاية لا يجوز علم اولا كما في غير الوكيل قلنا هو ابطال نظرا الى الولاية في الحال ومنع من حيث ان حال البقاء في هذا العقد مثل الابتداء فانه ينعقد ساعة فساعة الا ترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان لدوامه حكم الابتداء فبالعزل كانه يمنع الوكيل من التصرف في محل مملوك له ولهذه الولاية فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا بصحة العزل مع العلم عملا بشبه المنع وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم عملا بشبه الابطال *

قوله فينقد من مال الموكل اي اذا كان وكيلا بالشرى ويسلم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع فيضمنه اي ما نقد من الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل **قوله** وغيره بالرفع كالوكيل بالطلاق والعتاق **قوله** للوجه الاول وهو ان في العزل اضرارا من حيث ابطال ولايته وقال الشافعي رحمه الله ينعزل ولم يبلغه العزل لانه بالعزل يبطل حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق قلنا نفوذ الوكالة حقه لكن يتضرر الغير في اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم للوكيل ان يمتنع وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حق العزل في حقه ما لم يعلم **قوله** لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه (و)

فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير * وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه

وانما كان كذلك لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة من لحظات دوام التصرف يستبد من النقض والفسخ فلما لم يفسخ جعل امتناعه من الفسخ عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه اما اذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى لان المتصرف لا يتمكن في كل لحظة من الفسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء *

قوله فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض اي امر التوكيل بهذه العوارض من الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر البيع ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لانه يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلوة والزكوة اما مادون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون في معنى الموت **قوله** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له فحجر عليه هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشرى فاما اذا كان التوكيل بقضاء الدين او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون لان في كل شيء وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ماوجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله (على)

او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل اولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل **قال** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته * وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضه وهذا عند محمد رح فاما عند ابيوسف رح لا يعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابيوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر *

على الوكالة فيه ولو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته صح ايضا فان باعه باذن الغرماء او مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء فبطل وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من ان يكون مالكا لهذا التصرف * **قوله** او الشريكان فافترقا اي احد الشريكين يعني به انه يبطل الوكالة في حق الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه اما يبقى وكيلا في حق الآخر وينبغي ان لا ينعزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافتراقهما والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة احد المتفاوضين اذا امر رجلا بان يشتري له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صحت الوكالة وصار هذا الرجل وكيلا عنهما فلو تناقض الشريكان المفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا على حدة ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبدا وهو يعلم بنقض المفاوضة او لا يعلم جاز شراء الوكيل والعبد لازم للآمر خاصة دون شريكه الاول والثاني **قوله** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اذا استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد الجنون المطبق مذكور في المتن **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف (الا)

ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انها تعود كما في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يؤكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق وطلقها الزوج ثلثا

الآن يعود مسلما هذا اذا حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب ذكر شيخ الاسلام رح في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه *

قوله ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا يعود الوكالة اي قد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي باللحاق ثم عاد مسلما وعن محمد انه يعود فابو يوسف رح سوى بين عود الموكل مسلما وبين عود الوكيل مسلما بعد قضاء القاضي باللحوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما في الظاهر والفرق ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على الثبات فاما بردة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقيا لكنه عجز عن التصرف بعارض فاذا زال العارض صار كان لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلا كما كان فيهما لان الموكل اذا عاد مسلما يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته

قوله ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه في ما وكل به بطلت الوكالة وفي الذخيرة الاصل في جنس هذه المسائل ان الموكل متى احدث تصرفا في ما وكل ببيعه قبل بيع الوكيل ان كان تصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة وان كان تصرفا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا فنقول متى باع او وهب او تصدق (و)

او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه

وسلم او وطئ فاستولد فالوكيل يخرج عن الوكالة لان هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطئ ولم يستولد او استخدم او اذن له في التجارة كان على الوكالة لان هذه التصرفات لا تعجز الوكيل عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله واذا رهن او آجر وسلم ذكر في ظاهر الرواية انه لا يخرج عن الوكالة وعن ابي يوسف رح انه يخرج *

قوله او واحدة فانقضت عدتها وفي المبسوط وان وكله ان يطلقها ثم طلقها الزوج او خلعها فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان الزوج بعد الطلاق والخلع مالك لايقاع الطلاق عليها فبقي الوكيل على وكالته وان انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من ان يكون مالكا للايقاع عليها بعد العدة فيبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا يعود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتدت او ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب مرتدا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها طلاق الوكيل بعد ذلك ولو اسر اهل الحرب عبدا فادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم يعد الوكالة ولو اخذ من المشتري منهم بالثمن او ممن وقع في سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على الوكالة لانه بالاخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم ملكه ولو وكله بان يعتق امته ثم اعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاسرت وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان مأمورا بازالة الرق الذي كان فيها وقد زال باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكيلا بازالته (قوله)

فلو رُد عليه بعيب بقضاء قاضٍ فعن ابي يوسف رح ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

قوله فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض وفي المبسوط ولو باعها الوكيل او الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاض بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفي الذخيرة ولو اقاله المشتري فليس للوكيل ان يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث وكذلك ان كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وان فات لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لايلحق التصرف بالعدم **قوله** بخلاف ما اذا وكله بالهبة يتعلق بقوله وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى **قوله** فوهب بنفسه ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه مرة اخرى قال محمد رح ولايشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لاتنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعدما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لايملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلايتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله اعلم (كتاب)

* كتاب الدعوى *

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشائخ رحمهم الله فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة

* كتاب الدعوى *

هي اسم للادّعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطاء والفها للتانيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول الباس بالفلان واما قوله دعويهم فيها سبحانك اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بالفتح المدعاة وهي المأدبة وبالكسر في النسب وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة واما شرعا فيراد به اضافة الشيء الى نفسه في حالة مخصوصة وهي حالة المنازعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعي وقيل المدعي لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير الا ان اطلاق اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة واما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة لعنه الله مدعي النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء فالدعوى في غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعي على خصم حاضر وان يكون المدعى شيأ معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا لو ادعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وهي نوعان صحيحة وفاسد **قوله** ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى (قوله)

كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رح لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان (معنى) * قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما

قوله كذي اليد فانه اذا قال هولي كان له مالم يثبت الغير استحقاقه **قوله** من يتمسك بغير الظاهر كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فالبينة على المدعي لدعواه امرا عارضيا وهو شغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته وهو الظاهر وكذا الظاهر ان يكون الاملاك في يد الملاك فكان الخارج متمسكا بخلاف الظاهر **قوله** والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا اي بالمعنى اذ الاعتبار للمعاني دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعى الرد انه لايلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين يكون ابدا على النفي فان قيل المودع بدعوى الرد متمسك بما ليس بثابت اذ الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا وهو يدعيه فكان ينبغي ان يكون المودع هو المدعي والمودع هو المنكر قلنا المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو اصل والمودع يدعي شغل ذمته وانه لم يكن ثابتا ولهذا يقبل بينته اذا فامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى **قوله** ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اعلم ان الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين اذا انكر والاثبات (با)

في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق * فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى * **قال** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف

بالبينة ولزوم احضار المدعى والفاسدة ما لا يتعلق بها الاحكام التي بيناها والفساد باحد معنيين اما ان لا تكون ملزمة شيئا على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله او يكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول ببينة المدعي ولا بنكول المدعى عليه * **قوله** في جنسه بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة اقفزة حنطة وفي الذخيرة فان كان المدعى مكيلا فانما يصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعا انها سقية او برية خريفية او ربيعية ويذكر مع ذلك صنفها انها جيدة او وسطة او ردية ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا لان المقدار في الحنطة الكيل ويذكر بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل ان يقبض وان كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء **قوله** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة (و)

والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة **قال** فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال

مقبولة وان لم يبين القيمة اشار في عامة الكتب انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان القيمة لتضرر به وقال الامام فخر الاسلام البزدوي رحمه الله اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي لبيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين يسمع لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه لبيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه واذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط من الشاهد بالطريق الاولى *
قوله والقيمة يعرف به اي القيمة شيء يعرف العين بذلك الشيء فلذلك شرط ذكر قيمة العين وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولا وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته وقيل تعرف القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل ان قيمته عشرة دراهم من الفضة الجيدة او كذا دينارا من الذهب الزكي يصير قيمته معلومة بهذا الوصف **قوله** بخلاف ما اذا غلط في الرابعة (لانه)

وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق **قال** وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم

لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم تقبل * **قوله** وعن هذا قالوا في المنقول اشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده **قوله** لكن لابد من تعريفه بالوصف فان كان المدعى وزنيا قائما يصح اذا بين الجنس بان قال ذهب او فضة وان بين الجنس فبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينارا ويذكر نوعه بخاري الضرب او نيسابوري الضرب وينبغي ان يذكر صفته انه جيد او وسط او ردي وانما يحتاج الى ذكر الصفة اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا وان كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشتري البائع اي نقد شاء الا ان في الدعوى لابد من تعيين احدها وان كان احد النقدين اروج وللآخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى فلا حاجة الى البيان في الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت الخصومة بحيث لا يعلم اروج وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج في ذلك الوقت ما كان وان كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال وان كان المدعى نقرة وكان مضروبا ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذكر صفتها انها جيدة او وسطة او ردية ويذكر قدرها انه كذا درهما ووزنها لان وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل وان كانت الفضة غير مضروبة ان كانت خالية عن الغش يذكر كذا فضة (خالصة)

فان اعترف قضي عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله ع م الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السوال ليمكنه الاستحلاف *

قال وان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

خالصة ويذكر نوعها بان قال نقرة طمغاجية ويذكر صفتها انها جيدة او وسطة او ردية وقيل اذا ذكر طمغاجية لا حاجة الى ذكر الجودة وان كان المدعى دراهم مضروبة والغش فيها غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر وزنها ومقدارها وصفتها وان كان يتعامل عددا يذكر عددها ولو ادعى الحنطة او الشعير بالامناء وبين اوصافها فقد قيل لا يصح هذه الدعوى وقيل يصح وفي الذرة والمج يعتبر العرف اما في الاشياء الستة فالمعتبر هو الكيل في الاربعة منها وهي الحنطة والشعير والتمر والملح وفي الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف واقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة او الشعير ولم يذكروا الصفة في الاقرار قبلت بينته في حق الجبر على البيان لا في حق الجبر على الاداء وان ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح لانتباسه بالكبس ومتى ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لا بد ان يذكر انه دقيق يابس او مغسول ويذكر مع ذلك انه منخول او غير منخول ويذكر مع ذلك انه جيد او وسط او ردي قال في النهاية هذا كله من الذخيرة وفصول الامام الاستروشي *

قوله فان اعترف قضي عليه بها اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاما بالخروج عن موجب ما اقربه بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها **قوله** لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى **قوله** لما روينا اي لك يمينه وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه اذ الاضافة بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حق المدعي والفقه فيه ان المدعي يزعم (انه)

* باب اليمين *

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابويوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح في ما ذكر الطحاوي رح **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

انما توى بانكاره حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم ثم كما ان اليمين حق المدعي فكذا هي حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعى عليه وما كان يرجع صدق الانسان كان حقا له *

* باب اليمين في الدعوى *

معناه حاضرة في المصر احترز به من البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة لو كانت في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم

قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده

قوله وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رح فعنده اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه (كالمدعى عليه)

قال ولاتقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق اوالاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر مااثبته اليد لايثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لاتدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها *

كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لم يقض له بشيء *

قوله ولا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق احترازا عن الملك المقيد بدعوى النتاج وغيره **قوله** فصار كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك ولاحدهما يد فانه يقضي لصاحب اليد وكذلك اذا تنازعا في نكاح امرأة واقاما البينة وهي في يد احدهما فصاحب اليد اولى ودعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذواليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لان المقصود هناك اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما اثبته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان ترجح جانب ذى اليد بيده وكذا الو ادعى كل واحد منهما انها امته دبرها او استولدها ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في علم القاضي البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت فى التحقيق مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا تثبت باسبابها اخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشرع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا **قوله** او اظهارا اي فى الواقع فان الخارج بينته تظهر ما كان ثابتا فى الواقع وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر يده وذو اليد لايستحق (على)

قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة فاشتبه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ومقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء

على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فلا يكون بينته مثبتة للملك انما هو موكد للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك وبينة الخارج تثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاد وعلى الولاء الثابت فاستوت البينتان فى الاثبات فترجح بينة ذى اليد ليده * **قوله** ويمين المدعي دليل الظهور ان دليل ظهور كون المدعي محقا في دعواه كما كانت يمين المدعى عليه **قوله** ولنا ان النكول دل على كونه باذلا اي على قول ابيحنيفة رح او مقرا اي على قولهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانه عليه السلام قال واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب **قوله** فيترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة ولذلك يرجح هذا الجانب في نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الصادقة الا ببذل المال لانه انما يرتفع ملتزما الضرر لا ملحقا للضرر بالغير بمنع الحق كذا فى المبسوط **قوله** ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمنا اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي الى آخره **قوله** لاعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي رح لا يحكم بالنكول بل يرد اليمين الى المدعي * (قوله)

قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضي عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف رح لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابداء العذر فاما المذهب انه لو قضي بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش اوخرس هو الصحيح **قال** وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد مولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه

قوله فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضي عليه بالنكول والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضي بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم ان كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول من القاضي لا يحلفه ثانيا وكذا لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه **قوله** ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة الى آخره وصورة ذلك بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت المرأة ذلك او ادعت المرأة النكاح وانكر الرجل او ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى الزوج بعد انقضاء (مدة)

فكان اقرارا اوبذلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود
تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رحمه الله تعالى انه بذل

مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج
او ادعى مجهول النسب انه عبده او ادعى ذلك على المجهول او اختصما على هذا
الوجه في ولاء العتاقة او ولاء الموالاة او ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده او والده
او ادعت الامة على مولاها انها ولدت منه هذا الولد او ادعت انها ولدت منه ولدا وقد مات
الولد وانها ام الولد له عند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع
وعندهما يستحلف واذا نكل يقضى بالنكول وفي الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر لان
المولى اذا اقر به يصح اقراره فلا حاجة الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم
وصورته اذا ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا موجبا للعان وانكر الزوج لا يستحلف
لان موجب قذف الزوج زوجته معتبر كموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضى بالنكول هذا
مثله لان كل واحد منهما يندرئ بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال من الحجج ككتاب القاضي
الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين ولا يعمل فيه البذل والاباحة *
قوله فكان اقرارا او بدلا عنه اي خلفا عن الاقرار جاز ان يكون هذا التردد
لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول بالاقرار والنكول ليس باقرار في نفسه
ولكن يجعل مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار او باليمين وانما يلزم القطع
بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة على الخصوص الا ترى انه
لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه واما الاقرار
فحجة لا لوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو اقر في غير مجلس القضاء او قبل الدعوى
صح واذا كان كذلك يجعل النكول في ما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء
باستحلاف الخصم نفسه ويدل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد (ثم)

لان معه لايبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لايجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف

ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين ورد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه للزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك فان قيل الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل قلنا انه وان كان كالاقرار فهو امر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله فيه فعليه ان يخرجه منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا اقر فهو شيء لزمه باختياره الاقرار فانه كان يتفصى عن الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به فان قيل يشكل على ما قالا مسئلة ذكرها في المبسوط وهي ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضي بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به قلنا انهما يقولان ان النكول بدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار ولابي حنيفة رح انه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مفسر بالهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح *

قوله لان معه لايبقى اليمين واجبة اي مع البذل لحصول المقصود اي حصول ما ادعاه المدعي **قوله** وانزاله باذلا اولى جواب لما يقال ان اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الاقرار فلم جعل ابوحنيفة رح البذل اولى ولم يجعله اقرارا كما جعلاه فقال انزاله باذلا اولى لانا لو حملناه على الاقرار لكذبناه في الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة (بلا)

الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هيّن * **قال** ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان * **قال** واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجري في هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذا لو قال لست بابن فلان ولا مولى له بل انا حر الاصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فابحث له ان يدعيني وكذا لو قال انا حر الاصل ولكن ابذل له نفسي ليسترقني لا يعمل بذله اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابيحه وابذله له لا تخلص من خصومته صح بذله فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضي عليه بنكوله وما لا فلا *

قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغي ان لا يعتبر النكول من المكاتب والماذون لانهما لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لقطع الخصومة فلا يجد ان بدا منه فيملكانه كالضيافة اليسيرة **قوله** وصحته في الدين بناء على زعم المدعي جواب لان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة فاجاب ان البذل هنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان (فجاز)

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما **قال** ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس قال القاضي فخر الدين رحمه الله في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه آخذا بقوله كما في الوكيل بالخصومة فان قيل وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يبيح الاخذ للمدعي ولكن لا يلزم القاضي ان يقضي به كالصلح على الانكار قلنا ان كان البذل صريحا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي واما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لما ان المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا ينازعه المنكر بيده او بذمته والمدعى عليه ابطله بالمنازعة والشرع ابطله الى اليمين ثم لما منع المنكر اليمين عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكنه استيفاؤه منه جبرا فانتقل بحكم الشرع الى الاصل *

قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث اذا قال المدعي انه اخو المدعى عليه لابيه وان اباهما مات وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال المدعي هذا الصبي الذي التقطته اخي ولي ولاية الحجر عليه وانكر ذو اليد والنفقة اذا قال المدعي وهو زمن انه اخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعي اخاه وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب (له)

خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لايجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لايباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن الموجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة * واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي

له انا اخوك فانه يستحلف المدعى عليه على ما يدعي من النسب بالاجماع ولكن ان نكل ثبت ما ادعى من المال او الحق لا النسب *

قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه الاصل امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لايجب على المدعى عليه شيء لا القصاص ولا المال كما اذا اقام مدع ادعى القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولي الخطاء والقاتل العمد واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه يجب المال كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد **قوله** ولابيحنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيه البذل فان قيل لما قطع الطرف وكان عند ابيحنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال كان ينبغي ان يجري الاستحلاف في قطع السرقة ايضا ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص الاطراف قلنا القطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء فلا يثبت مع الشبهة اما القصاص في الطرف فحق العبد الذي يسلك به مسلك الاموال فقوبل مقابلة الاموال في ثبوته مع الشبهة *

قوله واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك وله ان يطلب وكيلا حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه (با)

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره *

قال والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر انشاء الله تعالى *

بالكفيل بنفس الوكيل فاذا اعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل بنفس الاصيل اذا كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون ايسر وان كان المدعى منقولا له ان يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس وكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما *

قوله وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا

قوله وهو الصحيح وعن ابي يوسف رح مقدر بمجلس القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرأ نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل

قوله فالاستثناء منصرف اليهما اي اخذ الكفيل والملازمة والله اعلم * (فصل)

* فصـــــل في كيفية اليمين والاستحلاف *

واليمين بالله دون غيره لقوله ع م من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر وقال ع م من حلف بغير الله فقد اشرك وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا آله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمٰن الرحيم الذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلّظ وان شاء لم يغلّظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير **قال** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورٰة على موسى ع م والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى ع م لقوله عليه السلام

---

* فصـــــل في كيفية اليمين والاستحلاف *

قوله الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والاحتياط ان يذكر بغير واو فلو ذكر والله والرحمٰن والرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان والمستحق يمين واحدة **قوله** وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وفي الفصول ان القاضي اذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا وفي الخلاصة ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله في فتاواه وان اراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق ففي ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية (قوله)

لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ع م ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد بنبوة موسى ع م والنصراني بنبوة عيسى ع م فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه * ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رح في الاصل ويروى عن ابيحنيفة رح انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا وذكر الخصاف رح انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة * والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله * ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك * ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع **قال** ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه * ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابيحنيفة ومحمد رح اما على قول ابيوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب

قوله لابن صوريا ذكر في المغرب ابن صوريا بالقصر اسم اعجمي **قوله** بل هو ممنوع عن ذلك لما في ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي رح ان كانت اليمين في قسامة ولعان او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فبين الركن والمقام ان كان يمكنه وعند منبر النبي عليه السلام في المدينة والمسجد الجامع في غيرهما والمسجدان لم يكن ثمه جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة (قوله)

الا اذا اعرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة **قال** ومن ادعى على الآخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه والله اعلم*

قوله الا اذا اعرض بما ذكرنا اي عرض المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضي حين اراد ان يستحلفه على السبب وقال له قل والله ما بعت ايها القاضي البيع قد يقال وكذا في اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة او البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الابانة **قوله** اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة يريد به ان الشراء سبب يثبت باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم المشتري بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشرى باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره **قوله** ولا علم له بما صنع المورث وذكر فخر الاسلام رح في الجامع الصغير المشتري والموهوب له مالك بسبب شرعي وضع له وهذا يفيده علما بانه ملكه لا ملك غيره فصح تحليفه بالبتات فان ابى فقد امتنع (عما)

* باب التحالف *

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها * وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع واما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان * فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ يمين المشتري وهذا قول محمد وابيوسف رح آخرا وهو رواية عن ابيحنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن اولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن

مما هو مطلق له فصار باذلا فاما الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطولب بعلم ان كان له واذا لم يفعل مع الامكان صار باذلا وذكر الامام اللامشي رح ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم ولو نكل عنه يقضي عليه لان الحلف على البتات اقوى والله اعلم بالصواب * (باب)

ولو بدئ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابويوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم * وان كان بيع عين بعين اوثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلاً *

---

* باب التحالف *

قوله ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدته اولى **قوله** واقل فائدته التقديم ان النبي عليه السلام جعل القول قول البائع وهذا يقتضي الاكتفاء بيمينه فان كان لا يكتفي بيمينه فلااقل من ان يبدأ بيمينه **قوله** يضم الاثبات الى النفي تاكيدا بيانه انه لوحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ربما يحلف ويكون بارا في يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لوحلف بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز انه باعه بالف ودرهم ويكون صادقا في يمينه انه لم يبع بالف درهم فيبطل حق المدعي والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولاعلمتم له قاتلا ولاعبرة بذلك الوهم لان البائع لوكان باعه بالف وتسعمائة لايدعي البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه لايبالي بالحلف لانه لا يحنث في يمينه وكذا المشتري لوكان اشتراه بالف ودرهم لايدعي الشرآء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالي بالحلف على الف لانه لا يحنث في يمينه (قوله)

قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد * وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته **قال** وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض **قال** فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه

قوله فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلباه او طلب احدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة **قوله** لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما في ما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن (الا)

او صار بحال لايقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري مايدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولاكذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه

الاترى ان الثمن موجود بعد مضيه يعني الثمن موجود بعد مضي الاجل كما استحقه البائع من غير تفاوت ولوكان الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع بفوات وصفه تحقيقه ان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولوكان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا لاصله في الاستحقاق* **قوله** او صار بحال لايقدر على رده بالعيب وبان زاد زيادة متصلة او منفصلة **قوله** وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا الا ترى انهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى احدهما الدراهم والآخر الدنانير ويلزم المشتري رد القيمة **قوله** قد ورد الشرع به في حال قيام السلعة وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط ولايلزم اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف التبايعان فالقول مايقوله البائع ويترادان لان الامر بالتراد دليل قيام السلعة اذ هو تفاعل من الرد فيستدعي الرد من الجانبين ولاذلك الا بقيام السلعة وليس المراد به ترادا العقد لانه لايتصور ذلك مع ان المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد **قوله** فلم يكن في معناه لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لايحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لايحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف اذ الفسخ لايرد الا على ما ورد عليه العقد (قوله)

ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة مايوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك انكان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل **قال** وان هلك احد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك

قوله ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه اي لايبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع وصار بمنزلة اختلافهما فى الف والفين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف مالو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل للمشتري وطئها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به **قوله** انما يراعى من الفائدة مايوجبه العقد هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته **قوله** فان كان عينا يتحالفان يعني اذا اختلفا في قدره ويترادان على البدل القائم وان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري أنه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البائع ادعى انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشتري **قوله** وان هلك احد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابيحنيفة رح يريد به (١)

قكو

وفى الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابيحنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له وقال ابويوسف رح يتحالفان فى الحي ويفسخ العقد فى الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابيوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابيحنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لايمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشائخ رح ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحي ولاشيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بيناه فى القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ اوكلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري بردا الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابيوسف رح

اذا هلك احدهما بعد القبض وفى الجامع الصغير التمرتاشي فان كانت السلعة غيرمقبوضة تحالفا في موتهما وموت احدهما وفى الزيادة لوجود الانكار من الجانبين *

قوله وفى الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيهما مع يمينه وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك لم يتحالفا **قوله** ان يرضى البائع (١)

والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك

ان يترك حصة الهالك اصلا اي لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا و يجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الا على القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشائخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف وقالوا اي قال هؤلاء ان المراد بقوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري ولا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف وقال الامام الكسالي رحمه الله يأخذ البائع في حصة الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري وقال مشائخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري معناه ان البائع يأخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع اليمين الا ان يأخذ البائع الحي صلحا ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري *
قوله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع قال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدين فما يخص الحي الف مثلا على زعم البائع وخمسمائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما اشتريته بالف ويحلف البائع بالله ما بعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا يفسخ العقد في الحي ثم يحلف المشتري على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما اقربه دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان (على)

ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر

على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالفي درهم يصدق في يمينه انه ما اشترى احدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول *

قوله ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وذكر في النهاية فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام الثمن وعلى قياس مسائل الزيادات كان ينبغي ان يعتبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمد رحمه الله يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اوردته على كل نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يخائل لي بعد طول التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فيجب اعتبار قيمته يوم العقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب (١)

وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهراً لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة (فلهذا كان القول قوله) وفي البيّنات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مرّ وهذا يبين لك معنى ماذكرناه من قول ابي يوسف رح **قال** ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنصّ

اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض في بعض الفوائد ثم في الكتاب اعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض لانه بيع بلا ثمن او بثمن مجهول والبيع الفاسد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقيمة *

قوله وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرًا لاثباته الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختلاف فيه قصداً قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا فكانت احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يقفون الا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهرا فلهذا يقبل بينته ثم صارت بينته اولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان القول قوله مع يمينه **قوله** وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسفُ رحمه الله اي هذا هو الفقه في ان جعل ابو يوسف رح القول قول البائع في قيمة الهالك والبينة بينته ايضا فيما اذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده * (قوله)

لانه ورد فى البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري * **قال** ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابيحنيفة وابيوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا **قال** ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض

قوله لانه ورد فى البيع المطلق اي فى البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق التحالف فلا يكون النص الوارد فى البيع المطلق واردا فيه وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة **قوله** ولهذا نقيس الاجارة ايضاح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشتري استهلك على البناء للمفعول وههنا عبارة اخرى وهي فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري قيل هكذا كانت على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف رح وفى المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين فى امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه **قوله** لانه يرى النص معلولا بعد القبض اي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا معلول لوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالفين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين ان يكون المبيع في يد البائع ثم وقع الاختلاف او في يد المشتري ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة (قوله)

لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لوكان عرضا فردّه بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لايعود السلم ولوكان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما *

قال واذا اختلف الزوجان في المهرفادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نوّر دعواه بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة

قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم لان المعقود عليه في السلم قد سقط بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة في السلم لا يتصور لاستحالة عود المعقود عليه الى ذمة المسلم اليه ولو انفسخ الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود برأس المال لانه دين فاما المعقود عليه بعد الاقالة في البيع باق لانه عين فيكون التحالف مفيدا لحكمه وهو الفسخ الا ترى ان رأس المال لوكان عرضا بان اسلم ثوبا في كرحنطة ورده بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد هنا اختيار الرد ورد البيع بالتراضي اوحكم القاضي يعني اختار الرد الى رب السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لما ان المعقود عليه قد سقط وبمثله لو اشترى عرضا ورده بالعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك في يده عاد البيع وفي الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو ان الاقالة في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما في بيع العين اذا تقايلا قبل قبض المبيع والثمن مدفوع الى البائع ثم اختلفا في مقدار الثمن لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة في هذه الحالة فسخ من كل وجه والتحالف عرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ والاقالة في بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخا فيما بين المتعاقدين واعتبرت بيعا جديدا في حق التحالف وكذا في باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم امكن اعتبارها بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فيتحالفان ايضا فان قيل الاقالة بعد قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فاما في حقهما وما كان من حقهما اعتبرت فسخا (الا)

معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته * وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على مامر فيفسخ ولكن يحكّم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحطّ عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا تقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح

الا ترى ان هذا القبض لما كان من حقهما اعتبرت الاقالة في حق القبض فسخا فيما بينهما حتى ان البائع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا ترك واذا كان فسخا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيته في العقود لا في الفسوخ الا ترى ان الفسخ لو حصل بخيار الرؤية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لم يتحالفا قيل له الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لا تمامه والتحالف وان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فيعتبر بيعا جديدا في حقه كما في حق الثالث ولا تعتبر فسخا كما في الاجل فان من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقايلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذر اعتباره بيعا في حق الثالث لانتفاء الرضاء وكذا اذا كان الرد بالعيب بقضاء * **قوله** معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته اما اذا كان مهر مثلها ما ادعته او اكثر مما ادعته فبينة الزوج اولى لان بينة الزوج تثبت الحطّ وبينة المرأة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استدراك عن قوله ولا يفسخ النكاح **قوله** ولهذا تقدم (ان)

تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رح بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة * وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا

ان التحالف في الوجوه كلها اي فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند ابي الحسن الكرخي رح لانهما اتفقا على اصل التسمية فكانت التسمية صحيحة في اصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل وهذا قول ابي الحسن الكرخي رح * **قوله** تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمين عليه **قوله** وتخريج الرازي بخلافه فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما بان يكون اكثر مما اقر به الزوج واقل مما ادعته المرأة واما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقوله المرأة او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدعيه احدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر شاهدا له قلنا القضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها هنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما **قوله** وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فعنده القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر (فكان)

معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مرّ والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة * وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين الموجر فايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاما ها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اشهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة **قال** وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي فكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل *

فكان القول قول المنكر كما في سائر الدعاوي وانما عرفنا التحالف منهما في البيع وفي مبادلة المال بالمال نصّا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيره فكان القول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشيء قليل يسير مستنكر جدا وفي تفسير ذلك روايتان عن ابي يوسف على ما مر في النكاح *

قوله معناه اختلفا في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي في المعقود عليه وهو المنافع بان ادعى الموجر انه آجره شهرا وادعى المستاجر انه استأجره شهرين **قوله** على ما مر اشارة الى ما قال في اول هذا الباب لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر الى آخره **قوله** وتبين انه لا عقد ثم ظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا (١)

قال واذا اختلفا المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابيحنيفة ره وقال يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لامقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان * واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له * وما يصلح للنساء كالوقاية فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها

الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وانه انفع للاجير ولانه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شيء للاجير *

قوله وهو سالم للعبد اي البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد لاتفاق المولى والمكاتب على ثبوت الكتابة فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون المولى منكرا وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الادآء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق وان اقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة ببينته الا انه اذا ادعى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحريه لنفسه عند ادآء هذا المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة مالو كاتبه على الف درهم على انه متى ادى خمسمائة عتق وهذا لانه لايبعد ان يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو ادى بدل الكتابة بمال مستحق يعتق وبدل الكتابة عليه بحاله **قوله** فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان (و)

لانه يعارضه ظاهرًا قوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة * فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابيحنيفة رح وقال ابويوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث *

والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل اي القول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة يبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي فهو للمرأة اي القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صانعا او يبيع ثياب النساء وما يصلح لهما كالفرش والامتعة والاواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود فالقول للزوج فيه ايضا لان المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الاموال كلها في يد الزوج *

قوله لانه يعارضه ظاهرا قوى منه وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى **قوله** وقال ابويوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها اي من المشكل **قوله** ثم في الباقي اي فيما يصلح للرجل وفيما وراء ما يجهز به مثلها لا معارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده على يدها لانه قوام عليها والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان المرأة وما في يدها في يد الزوج الى آخره والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث فالحاصل انه لا خلاف فيما يصلح للرجال انه للرجل في الطلاق ولوارثه (بعد)

وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى ولـلحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات *

بعد موته وكذا ما يصلح لها واما فيما يصلح لهما لا خلاف بين ابي حنيفة ومحمد رح انه للزوج في الطلاق وبعد موت الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله للمرأة وعند محمد رح لوارث الزوج وعند ابي يوسف رحمه الله من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حيوته وبعد وفاته لوارثه وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لوارثها وفي هذه المسئلة سبعة اقوال اما اقوال علمائنا الثلثة فماذكر وقال ابن ابي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على المرأة من ثيابها وقال زفر رحمه الله المتاع كله نصفان بينهما اذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك واحد قولي الشافعي رح وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري رحمه الله ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له *

قوله وان كان احدهما مملوكا اي سواء كان محجورا او ماذونا فالمتاع للحر في حال الحيوة عند ابيحنيفة رح لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وللحي بعد الممات حرا كان او عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحي بلا معارض هكذا وقع في عامة نسخ الجامع الصغير وذكر شمس الائمة رح في جامعه الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية محمد رح والزعفراني للحر منهما بالراء وقالا المكاتب والماذون كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما يقضى به بينهما لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى به للحر لانه لا يد له وفي المحجور جوابهما كجواب ابي حنيفة رحمه الله في مطلق المملوك والله اعلم * (فصل)

* فصـــــــل فيمن لايكون خصما *

واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب اورهنه عندي اوغصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لاتندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحوّل حقا مستحقا على نفسه فلايصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابويوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لايقبله *

---

* فصـــــــل فيمن لايكون خصما *

قوله اودعنيه وكذا اذا قال اعارني اووكلني بحفظها اوآجرني وقال ابن شبرمة لاتندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهوليس بخصم في اثباته لانه لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة في ضمن اثبات الملك لغيره واذا لم يثبت ماهو الاصل لايثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة تثبت في ضمن البيع فببطلان البيع تبطل الوصية وقال ابن ابي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة في ما يقربه على نفسه فيثبت ما اقربه بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ **قوله** كما بينا من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة **قوله** كما اذا ادعى تحويل الدين اي الحوالة فصار كما اذا اقام البينة انه احال بالدين على آخر كذا في شرح الاقطع (و)

ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين ليمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابيحنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة * وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل * وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابيحنيفة وابيوسف رح وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غُصبَ مني على مالم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده

وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة *

قوله وقال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي لا نعرفه اصلا بوجهه ولا باسمه ونسبه ولو قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان لخمسة من العلماء فيها قولا كما ذكرنا وهي خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشيء لفلان الغائب عندي وديعة او عارية او اجارة او رهنا او غصبا **قوله** لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بيده الا ترى ان دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد حتى ان من (ادعي)

الا انه لم يعينه درءً للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لاحد فيه فلا يحترز عن كشفه * وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما لما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها والله اعلم *

* باب مايدعيه الرجلان *

قال * واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة

ادعى على آخر انه غصب عبده وليس في يده عبد صحت دعوته ويلزمه القيمة *
قوله الا انه لم يعينه درءً للحد لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه ويقضي القاضي بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك لا بيقين لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تندفع الخصومة عنه ولا يقضى بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك بيقين يقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان والله اعلم *

* باب مايدعيه الرجلان *

قوله اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما انما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة واقام كل واحد منهما بينة انها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد واقاما بينة فبينة الخارج اولى وفي احد قولي الشافعي رح (تها)

وقد تعذر التميز فيتهاتران او يصار الى القرعة لان النبي ع م اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم ابن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله ع م في ناقة واقام كلواحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كلواحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان ادعى كلواحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك

تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر يرجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تهاترت البينتان تركا اي تساقطت وبطلت مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا في المغرب وقال مالك رحمه الله يقضي باعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضي باكثرهما عددا في الشهود *

قوله وقد تعذر التميز فيتهاتران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخر انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن اولى واستدل بملك النكاح لو تنازع اثنان في امرأة واقام كل واحد منهما البينة انها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما **قوله** او يصار الى القرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب ان الرجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله عليه السلام واقام كل واحد منهما البينة انها امته فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته **قوله** وحديث القرعة كان في الابتداء اي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لان (تعيين)

قل

قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح

تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا ايضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار بان يعتمد احدهما سبب الملك كالشراء وما اشبهه والآخر اليد فصحت الشهادتان فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لا علم للعباد بحقائق الامور وانما يعتمد ظاهر الحال فاذا صحت الشهادتان وامكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك فقضى لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال انسان وباع فضولي آخر من آخر واجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه لا يحتمل الاشتراك وقوله ان القاضي تيقن بكذب احدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيئا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئلة مكة والكوفة على العادات الغالبة التي يبتني عليها الاحكام *

قوله ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما حكي عن ركن الاسلام علي السغدي رحمه الله انه قال لا يترجح احدى البينتين الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الخلاصة *

(قوله)

فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذ كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق *

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن لاحدهما ان يأخذ جميعه

قوله فلا ينقض بما هو مثله في الظنيات فانه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس فانه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثاني **قوله** معناه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشرى من غير صاحب اليد فهو لا يخلو ما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب **قوله** فكل واحد منهما بالخيار ان شآء اخذ نصف العبد بنصف الثمن فان قيل قد تيقن القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور البيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل به بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك فيضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد *

(قوله)

لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء * ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به * ولو وقتت احدهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك * وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة *

قوله لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه فان قيل الفسخ انما يكون ان لو كان البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظرا الى بينته وانما لا يظهر في النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل **قوله** ومعناه انه في يده اي العبد في يده معاينة في الحال وذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا **قوله** لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لان كل واحد منهما حادث فحكم بوقوعهما معا فيتقدم عقد صاحب القبض ضرورة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وذكر الخبازي انه يرجع الى النكتة الآخرة وهي قوله استويا في الاثبات لانه كما احتمل سبق التاريخ (على)

قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولاترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح لمعنى قائم في الحال وهذا فيما لايحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض

على شراء ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المورخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك *

قوله وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد احترز به من ان يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا اولوية للشرى على الهبة ح على ما يجيئ بعد هذا في قوله ولو ادعى احدهم الشرى من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لايحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات سبب الملك لنفسهما الشرى اقوى من الهبة لانه عقد ضمان موجب للملك في العوضين والهبة تبرع ولان سبق ثبوت الملك بالشرى على ثبوت الملك في الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا لما ان الشرى موجب للملك بنفسه والهبة لاتوجب الملك الابعد القبض فكان ملك مدعى الشراء سابقا فكان هو اولى اما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عمن ملكه في اثبات الملك له اولا ثم لنفسه والمحتاجان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهما لذلك كذا في المبسوط **قوله** ولا ترجيح باللزوم لو ادعى احدهما الهبة والقبض والآخر الصدقة والقبض واقاما بينة قضي بينهما نصفين لاستوائهما في التبرع والافتقار الى القبض ولايترجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك (حكم)

لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع *

قال فاذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء

حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المآل ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها ايضا *

قوله لان الشيوع طارئ لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشيوع طارئا وفي المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة واقام البينة فان وقتت احدى البينتين ولم يوقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث وانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كان في يده لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والتوقيت في حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فحينئذ يكون هو اولى لاثباته الملك في وقت لا ينازعه الآخر وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحد ففيما لا يقسم يقضى به بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وفي ما يحتمل القسمة كالدار ونحوها يبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيهما ما يترجح احدهما من قبض او تاريخ لانا لو عملنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور في الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها * (قوله)

لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه *

قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه فان قيل الشراء مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشرى اقوى قلنا النكاح اقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متاكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى وفيما قال محمد رح اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الا بحجة ولا يكون عملا بالبينتين ايضا لان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين **قوله** وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك اي لان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة لملك العين اكثر اثباتا فكان اولى **قوله** وعقد الضمان اولى وهذا لانه يثبت البدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا فصار كالشرى مع الهبة * (قوله)

قال ولو ادعيا الشرى من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى تبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق **قال** فان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه رح انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه

قوله وان ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد كانه قيد لقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولا ولو ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم **قوله** وذكرا تاريخا اي سواء كان تاريخهما واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه **قوله** ثم يخير كل واحد منهما كما (ذكر)

لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم و التاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته و بينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما و المعنى ما بينا و لو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى

ذكر من قبل وهو قوله وكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك **قوله** لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك احترز به عما اذا قامت البينتان على شراء مورخ واحدهما اسبق تاريخا من الاخرى فالاسبق اولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فما ذكر في الهداية يشير الى انه لاعبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على ان اسبق التاريخين اولى في ذلك فقد ذكر فيه ولو ادعيا الملك بالشرى كل واحد منهما من رجل او من واحد وارخا واحدهما اسبق تاريخا كان صاحب اسبق التاريخين اولى **قوله** متضمنة معنى الدفع وهذا لان الملك اذا ثبت في وقت لشخص فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم ولان يد ذي اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على النتاج لانه انما وجب قبول بينته على النتاج لكون تاريخه اسبق فكذا هنا **قوله** وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما فعندهما الدار لصاحب الوقت الاقدم وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد ففيما في يده ذو اليد وفيما في يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين (قوله)

لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارّخت احدٰهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولادفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابويوسف رح الذي وقّت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح التاريخ يضامّه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقام البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ *

قوله لانه اقدم لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعينا ومن لم يوقت يثبت للحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه **قوله** وصار كما في دعوى الشراء اذا ارّخت احدٰهما يعني اذا ادعيا الشراء من بائع واحد وارّخ احدهما دون الآخر يقضى به للمورخ واما اذا ادعيا الشراء من بائعين فوقت احدهما دون الآخر قضي بينهما نصفين **قوله** ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع اي دفع بينة الخارج على معنى انها لاتصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال **قوله** ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى **قوله** بدليل استحقاق الزوائد اي الزوائد المتصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب **قوله** يضامه احتمال عدم التقدم اي يزاحمه وهذا لان الذي لم يورخ كما احتمل ان يكون متأخرا منه احتمل ان يكون سابقا على تاريخ صاحبه اولان التاريخ ان كان يقتضي السبق لفظا (من)

قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد واستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

من حيث اقتصار دلالة لفظ الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب المعنى كما قال محمد رحمه الله واذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار كما لو اقاما البينة على الملك المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا او شراء او ارثا وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا وقد عرف ذلك في موضعه *

قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولوية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما وكانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان ما رواه ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقة نتجها دابته واقام ذو اليد البينة انها ناقة نتجها دابته فقضى الرسول عليه السلام للذي هي في يديه ولان يد ذي اليد لا تدل على اولية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم تترجح بيده بخلاف الملك المطلق لان هناك لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهر يده ثم انما قلنا ان ذا اليد لو اقام بينة على دعوى النتاج بعد ما قضي للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصر ذو اليد مقضيا عليه فيسمع بينته كما يسمع بينة اجنبي آخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج (با)

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رح انه تتهاتر البينات ويترك في يده لا على طريق القضاء *

باقامة البينة وقضي له ثم اقام صاحب اليد بينة انه له لا يسمع بينته لان الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك واما قوله ان بينة الخارج اكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان اولى الا ترى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج على النتاج اذا ادعى الخارج الملك المطلق اذا لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى *

قوله وهذا هو الصحيح وجه الصحة هو ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده **قوله** خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء وجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين قلت لا معنى لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتهاتر البينتان مع ان (العين)

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لماذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذواليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به

العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا هنا وثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابان يحلف ذواليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعندنا لا يحلف *

قوله ولو تلقى كل واحد منهما اي كل واحد من الخارج وذي اليد والضمير في عنده يرجع الى رجل ولذلك لو اقام البينة على وراثة او وصية او هبة مقبوضة من رجل ولد في ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه او من موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه **قوله** لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان التملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على احد لانه تبين انه من الابتداء كان ملكا له وهو لا يتكرر فلما لم يصر الثالث مقضيا عليه في تلك الحادثة يسمع بينته **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل صورته ما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم اقام ذواليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان ان من يقيم (البينة)

قلج

لانه بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز

البينة على النتاج يثبت اولية الملك لنفسه وان هذه العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصرفه واليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي اخطأ في قضائه وان اولية الملك لذي اليد فلهذا ينقض قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول *

قوله لانه بمنزلة النص اي اقامة البينة على النتاج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد انها نتجت عنده والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه **قوله** والمرعزي اذا شددت الزاء قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزا بفتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعر المعز الخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا ابلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج **قوله** وجز الصوف بان اختلفا في الصوف واقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزه من غنمه فانه يقضى به لذي اليد لان الجز لا يكون الا مرة واحدة فكان في معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تنازعا فيه مال مقصود **قوله** وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق والمعنى فيه ان الثوب (الذي)

والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل **قال** وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وانكان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضه وهذا عند ابيحنيفة وابيوسف رح وعلى قول محمد رح يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع

الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى النتاج *

قوله والبناء والغرس وزراعة الحنطة اما في البناء بان اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى النتاج وفي الغرس يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس الثالة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في ارضه قضي بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منهما ثم يزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج **قوله** فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة اي اذا كان الثوب اونحوه لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين سأل القاضي اهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكران كنتم لا تعلمون **قوله** والعدول عنه بخبر النتاج وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد (البينة)

لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على اقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فينبغي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول *

البينة انها ناقته نتجتها فقضى رسول الله عليه السلام للذي هي في يده *

قوله لان القبض دلالة السبق على ما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **قوله** ولا يعكس الامر اي ولا يجعل كان الخارج اشترى ذلك العين من ذي اليد اولا ثم باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتى يصح لان ذا زيادة على ما قامت به البينة فلا يجوز **قوله** فصار كانهما قامتا على اقرارين لان كل واحد منهما اثبت الشراء من صاحبه والاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع وكل بائع مقر بثبوت الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة ما لو اقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تهاتر الاقراران لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلا فان ما لا يعرف سبق احدهما جعل كانهما وقعا معا وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا **قوله** ولان السبب يراد لحكمه فيه جواب عما قاله محمد رح ان العمل بالبينتين ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذي اليد الا بملك مستحق عليه وانه لا يفيده وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين عند امكان ثبوت موجبهما **قوله** ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح (با)

وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد عندهما
فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما
وعند محمد رح يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتنا قبضا
يقضي لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق

باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر التاريخ
ولا دلالة التاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر القبض
حيث يجعل شرى صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة التاريخ عليه وهو القبض اذ لو جعلنا
بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض واما ههنا لما اثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما
كان بيعهما جائزا وليس احدهما باولى من الآخر في القبول فتساقطا للتعارض فبقي العين
على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر في الهداية تهاترتا بالاجماع يخالف ما ذكر
في المبسوط وهو ان الشهود اذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شرى ذي اليد سابقا وبيعه متأخرا
فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شرى الخارج سابقا وبيعه متأخرا
لان قبضه منتقض عيانا وانقضاء قبضه دليل على سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر
عقده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متأخرا كان
بحق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة واما عندهما فتهاتر الشهادتان
في الصورتين جميعا وذكر في الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما يجعل القبض
المعاين آخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد
لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على
غيره ولان اي الشرائين قدمنا في هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شرى الخارج حتى
لا يحتاج الى نقض القبض المعاين بالشك وفي الجامع الكبير مثل ما ذكر في المبسوط
قوله وان وقتت البينتان في العقار قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر
قوله وان اثبتنا قبضا يقضي لصاحب اليد اي بالاجماع (قوله)

يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة اربا عها ولصاحب النصف ربعها عند ابيحنيفة رح اعتبار الطريق المنازعة فان صاحب النصف لاينازع الآخر فى النصف فسلم له بلامنازع واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما وقالا هى بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لايحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها فى الزيادات *

قوله يقضى للخارج فى الوجهين اي سواء شهد الشهود بالقبض اولم يشهدوا وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا لان القلب الى قول الاكثر اميل وعند مالك رح يقضى لاعدل البينتين لان الشهادة انما صارت حجة بالعدالة والاعدل في كونه حجة اقوى فكان اولى ولنا ان الترجيح لايقع بكثرة العلة حتى لايترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه اما اذا كانت احدى الآيتين تحتمل التاويل والاخرى لاتحتمل فكان غير المحتمل اولى لانه لما لم تحتمل التاويل كان مفسرا وكونه مفسرا وصف فيه والمفسر راجح على النص والظاهر وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحد نهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر الا ان يكون بعضها صفة للبعض *

قوله فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وفى المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث **قوله** ولهذه المسئلة نظائر واضداد فمن (نظائرها)

قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى واذا كان دعواه منصرفة الى ما في يده فالقضاء له بنصف صاحبه يكون بلا دعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح * وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا

نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولبين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطاء وفقأ عين رجل خطأ وغرم المولى قيمته لهما ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا على ما عرف مع اصولها وفروعها في الزيادات وغيرها *

قوله وان اشكل ذلك كانت بينهما اي اذا كانا خارجين اما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج واقاما البينة ووقتت البينتان في الدابة وقتين فان كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت البينة على وفق بينة ذي اليد (اوكانت)

وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده **قال** واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما *

* فصل في التنازع بالايدي *

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك * وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى

او كانت مشكلة قضيت بها للذي اليد اما الظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة ولم يذكر فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج وذي اليد وذكر في الذخيرة في ذلك عامة المشائخ على انها تتهاتر البينتان ويترك الدابة في يد صاحب اليد **قوله** وان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم هكذا ذكر الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشائخنا من اجاب بهذا ثم قال والاصح ما قاله محمد رح وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة لاشك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين **قوله** فهو بينهما لاستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والله اعلم *

* فصل في التنازع بالايدي *

قوله فالراكب اولى اي في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو اقام الآخر البينة تقبل *

(قوله)

بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما فى التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا **قال** واذا كان الثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة فى الاستحقاق *

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه * ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال

قوله بخلاف ما اذا كانا راكبين اي كلاهما راكبين فى السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما **قوله** لان القعود ليس بيد عليه اذ المراد باليد المتصرفة الناقلة المحوّلة التي لا ينفك الركوب والحمل عنها عادة فكان بينهما لا على وجه القضاء لاستوائهما في عدم الحجة **قوله** وهو يعبر عن نفسه وفى الذخيرة يعني يتكلم ويعقل ما يقول فاذا كان بهذه المثابة كان في يد نفسه لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة الا انا تركناه اذا لم يكن له اهتداء الى المصالح والمقاصد فهذا الصبي لو اقر بالرق لغيره سقطت عبرة يده على نفسه فيظهر عليه يد ذي اليد فيكون له فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضارّ والاقوال الموجبة للضرر غير معتبرة في حقه ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وهبته وان كان عاقلا قلنا ثبوته بدعوى ذي اليد لا باقراره فاندفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان (ا)

والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق
فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن
جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا
وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما

اللقيط عبده لم يصدق والفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده
ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط
امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم يصح
الدعوى مع الشك ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذي اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها ثابتة
حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق
لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرهم احرار في الاصل لانهم اولاد آدم وحوا وكانا
حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا
اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شانه دليل
على خلاف الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا في الفوائد الظهيرية *
قوله الهرادي ليست بشيء في المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث
قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت
هو الحردي ولا تقل هردي **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع وذكر في حيطان الذخيرة
وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه
وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما
اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا ويكون اتصال مجاورة وملازقة **قوله** الهرادي ليست بشيء (يدل)

ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته وجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير من الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده

يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لانه لما لم يكن استعمالا له وضعا اذ الحائط لا يبنى لهما وانما يبنى للتسقيف والتسقيف لا يمكن على الهرادي والبواري صار معدوما حكما حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي ولا شيء للآخر فهو بينهما ولا يختص به صاحب الهرادي *

قوله ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة حتى لو كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلث خشبات فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذ الثلث اقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين **قوله** وللآخر موضع جذعه وفي الايضاح يريد به حق الوضع لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده اما اذا اثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره **قوله** وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ذكر في كتاب الدعوى والصلح من الاصل ان لكل واحد منهما ما تحت خشبه الى اسفل الارض لان يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق انما هو اليد على ذلك الموضع ثم قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل للحائط الا ان احدهما اكثر استعمالا فصار كما اذا تنازعا في ثوب وعامته في يد احدهما وطرف منه في يد الآخر يقضى بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة *

(قوله)

ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى الثاني اولى وجه الاول
ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني
ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله
ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي صححها الجرجاني *
قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها **قال** واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي
كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما
لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته *

قوله ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال يريد به اتصال تربيع فالاول اي صاحب الجذوع
اولى ويروى الثاني اولى اي صاحب الاتصال اولى **قوله** ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه
لما قلنا اشارة الى ما قال لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فان قيل لما قضي بالحائط
لصاحب الاتصال يبقى ان يؤمر برفع الجذوع لانه حمل له موضوع على ملك الغير
بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة لاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى
لصاحب الحمل ويؤمر للآخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا
في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل امر الآخر برفع المخلاة فاما ههنا
فقد ثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بان كان ذلك مشروطا في اصل القسمة فليس
من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو
اقام احدهما البينة وقضي به له يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق يستحق بها
صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لاحدهما اتصال
وللآخر جذوع فالاول اولى ليكون الدليل موافقا للمدعى وفي بعض النسخ ولو كان لاحدهما
جذوع وللآخر اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب وفي الذخيرة (و)

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة * وان كان احدهما قد لبن فى الارض اوبنى اوحفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها *

وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابوعبدالله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان صاحب الجذوع اولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشائخ وهكذا روي عن ابي يوسف فى الامالي فقد رجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع *

قوله وان اقام احدهما البينة جعلت في يديه لقيام الحجة فان قيل البينة حجة على الخصم وانما لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته فى اليد الا ترى انه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لولم ينازعه الآخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان طلب كل واحد يمين صاحبه ماهي فى يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما من دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث **قوله** جعلت في ايديهما لما قلنا وهو قوله لقيام الحجة **قوله** لوجود التصرف والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب فى الدواب واللبس فى الثياب *

(باب)

قلو

* باب دعوى النسب *

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهوابن للبائع وامه ام ولدله وفي القياس وهوقول زفروالشافعي رح دعوته باطلةلان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولانسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهرعدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولدلايجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغيرحق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع اوبعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد * وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهوالشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولايبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه

* باب دعوى النسب *

قوله ومبنى النسب على الخفاء لان العلوق امرخفي فيعفى فيه التناقض كالمرأة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قوله** وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع يعني ادعياه معا فدعوة البائع اولى وعند ابراهيم النخعي رحمه الله دعوة المشتري اولى لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق استحقاق النسب ولايعارض الحق الحقيقة كما لوادعى المولى وابو ولد الجارية يثبت النسب من المولى لما ذكرنا **قوله** وهذه دعوة استيلاد يعني دعوة البائع لان اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحريروانها لا تعارض دعوة الاستيلاد لان دعوة التحرير تقتصر على الحال ودعوة الاستيلاد تستند الى وقت العلوق فكانت سابقة معنى فكانها سبقت صورة وفي المبسوط لوادعاه المشتري اولا يثبت النسب منه لانها مملوكة في الحال يملك اعتاقها واعتاق ولدها فصح دعوته ايضا لحاجة الولد الى النسب والحرية وتثبت لها امومية الولد (با)

ولا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله * وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لايكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك * فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام * وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ا غير متقومة عنده

باقراره ولا يصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشتري ولانه ثبت فيه ما لا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبائع ضرورة وفي النهاية قوله وهذه دعوة استيلاد احتراز عن التحرير يعني لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم تفتقر الى حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال بخلاف دعوى التحرير على ما يجيء بعد ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصحة ولا يعتق الولد **قوله** فلا تثبت حقيقة العتق اي في الولد ولا حقه اي في الام **قوله** وليس من ضروراته اي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الام كما في ولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه ليست بام ولده بل هي امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده **قوله** والتدبير مثل الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية كامتناع التمليك من الغير **قوله** وهذه دعوة تحرير اي دعوة البائع (قوله)

في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها **قال** وفي الجامع الصغير
واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد
اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته
باطلة وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على مامرّ وفي الوجه الاول
قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو
الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح
وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا
لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت
من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق
لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله

قوله في العقد والغصب حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها
وكذا لو غصبها فماتت لا يضمن عند ابي حنيفة رح **قوله** فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن
والفرق بين هذا وبين ما اذا مات الام فان ثمه يرد بجميع الثمن عند ابي حنيفة رح هو ان في الموت
لو ثبتت امومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك في اعتاقها لانه يبطل العتق
الثابت من المالك ولانه لو قلنا ببطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ولا يلزم على هذا
ما اذا باع احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب الذي عنده ثبت نسبه
وبطل عتق المشتري لانه ضروري وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** وليس من
ضروراته اي ثبوت امومية الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب كما في ولد المغرور **قوله**
لانه لا يحتمل النقض اي الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب اي في الولد وحق
الاستيلاد اي في الام فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام
حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة (قوله)

في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت **قال** ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب ام الولد او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل

قوله في الفصل الاول اراد بهما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البائع في ما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيواخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا فان قيل يجب ان لا تكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد ان حدث صورة بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فان البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك واذا كان حادثا قبل القبض معنى فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة ههنا فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض **قوله** ومن باع (عبدا)

بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته *

عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه *

قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة البائع وانه لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي وحق البائع حق الدعوة والحق ادنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها وهنا اي في مسئلة التوأمين ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل اي ثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشترى الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل وهذا لان الذي عنده ظهر انه حر الاصل فاقتضى ان يكون الآخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو فوقه وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل ثمه مقصود الحق دعوة البائع وانه لا يجوز وهنا تثبت الحرية في الذي عنده ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا فتستغني عن قيام الولاية هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه فان لم يكن اصل العلوق في ملك البائع والمسئلة بحالها يثبت نسب الولدين من البائع ايضا لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينتقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك من يدعيه واذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه *

(قوله)

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار يرتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف

قوله الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل الاكراه لا يبطل ما لا يحتمل النقض وكذا الهزل ويبطلان الاقرار بذلك فان من اكره على الطلاق والعتاق ففعل يقع الطلاق والعتاق ولو اكره على الاقرار بهما فاقر لا يقع كما لو اكره على البيع وغيره مما يحتمل النقض ففعل فانه لا يثبت فاذا ثبت ان الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض ثبت انه يرتد بالرد **قوله** فبقي اي بقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر له كما اذا اقر بعتق عبد الغير وكذبه المالك ثم اشتراه يعتق عليه **قوله** فردت شهادته لتهمة كالفسق والقرابة **قوله** ثم ادعاه لنفسه يعني لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لانه اقر بانه ثابت النسب من المدعي والاقرار بالنسب مما لا يحتمل النقض **قوله** وكذا تعلق به حق الولد انما قاله لان الاقرار حق المقر له فينبغي ان يرتد برده كما في الاقرار بالدين فقال (محمد)

ولوسلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجرّ الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره *

قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا

محمد رحمه الله هذا الاقرار ليس بحق المقر له على الخلوص بل تعلق به حق الولد ايضا *

قوله ولوسلم الى آخره يعني ان الولاء اثر من آثار الملك فيكون حكمه حكم الملك والملك يتحول من شخص الى شخص والثابت منه اذا طرأ على الموقوف يرفعه وكذا الولاء يتحول ايضا من شخص الى شخص **قوله** كجر الولاء صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد كان عقل جناياتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الولد الى نفسه **قوله** ما هو اقوى وهو دعوى المشتري وانما كان دعواه اقوى لان الملك له قائم في الحال ظاهرا فكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق مصادفا بمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك **قوله** بخلاف النسب على ما مر اي في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن **قوله** وهذا يصلح مخرجا اي قوله هذا ابن عبدي فمن يبيع الولد ويخاف ان يدعيه البائع فينتقض البيع فيأمر البائع ليقر بالنسب لغيره خوفا من انتقاض البيع فان هذا يكون حيلة عند ابي حنيفة رحمه الله لان الغائب لو صدق او كذب او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند ابي حنيفة رح والحيلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن فلان الميت حتى لا يأتي منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الائمة السرخسي رح (قوله)

ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها * ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين *

قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم يجز دعواه حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي ع م قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغني ذلك عن الحجة *

قوله ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدًا الواحد وابنا لآخر **قوله** وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا يعني لو جعلناه عبد المسلم جعلناه مسلما تبعا وحرمناه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتساب الحرية **قوله** وهو اوفر النظرين لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه **قوله** ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج انما قيد بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها وان لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشائخ من اجرى المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله **قوله** بخلاف الرجل اي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين احدهما هو ان دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك امر باطن لا يوقف عليه فيقبل قوله من غير حجة كما اذا علق طلاق امرأته بحيضها يقبل قولها حضت لهذا اما المرأة فيمكنها (١)

قلح

وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعة فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه

اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة كما اذا علق طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا يصدق الا ببينة لامكان الاثبات بالبينة والثاني ان دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية اما دعوى المرأة فاقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك والدعوى لا تقبل الا بحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه بتصديقه *

قوله فيجعل الولد حر الاصل في حق الاب لان مقصوده من الاستيلاد انعلاق ولده حرا اذ لو علم بانعلاقه رقيقا لا يقدم على الاستيلاد فيجعل حر الاصل تحقيقا لمقصوده **قوله** وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه اي عن الولد بخلاف الدية لانها بدل له فمنعها كمنع الولد فيأخذ قيمته (قوله)

فيرثه ولوقتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لوقتله غيره فأخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب *

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره

قوله فيرثه فان قيل الولد ان كان حرا في حق ابيه فهو رقيق في حق مدعيه فوجب ان يكون المال بينهما قلنا الولد حر الاصل في حق المدعي ايضا حتى لا يكون ولاؤه له وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** فاخذ ديته قيد بالاخذ ذكر في المبسوط فان قضي له بالدية فلم يقبضها لم يوخذ بالقيمة لان المنع لا يتحقق في ما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضي عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد **قوله** لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميعه ولم يسلم **قوله** كما يرجع بثمنه اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع والضمير للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور شراؤه فاستحقه احد والله اعلم *

* كتاب الاقرار *

اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء الا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق (و)

وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام

والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اذا اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه عن طيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دليلا على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه هو الاقرار *

قوله وتلك المرأة باعترافها هي الغامدية وهي التي اقر ماعز انه زنى بها فقال رسول الله عليه السلام لانس اغد يا انس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمت فلما جعل الاقرار حجة في الحدود التي تدرأ بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى **قوله** وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية له واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم **قوله** وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره **قوله** بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا اقر بدين لرجل او وديعة او غصب او عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (قوله)

الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا * ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه * فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان * فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا * والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه * وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا

قوله الا اذا كان الصبي مأذونا في التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل او غصب او وديعة او عارية او مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة مطلقة **قوله** وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا يخ عن ثلثة اوجه اما ان تكون الجهالة في المقر او في المقر له او في المقر به فالاولان يمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة المقر له كما اذا قال لرجل علي الف درهم او يقول لزيد علي الف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثيرا الا ان يبين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك على احد الف درهم لان المقضي عليه مجهول وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار والبيان في ذلك الى المقر لانه هو المجمل فاليه بيانه كذا في شرح الطحاوي **قوله** والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اي يكون المقر به مجهولا **قوله** وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا اي لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان علي حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه (بيان)

وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة * ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل * ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا * ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين

بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية *
قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه به ما يبينه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو مال وما يثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشرى لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس حتى ان فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا كان او مفصولا ثم ان ساعده المقر له على ما بينه اخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار رادا الاقراره يبقى دعواه شيئا آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ولا فرق بين ان يبين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك لو بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن عند ابي حنيفة رحمه الله (و)

وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب * ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع * ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه * ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف

واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول وفي الايضاح وهذا اختيار مشائخ العراق لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا وفي الايضاح واما اختيار اهل ما وراء النهر لابد من ان يبين شيئا له قيمة لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختار في الهداية قول هؤلاء حيث قال يجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اي لان مطلق اسم الغصب يطلق على اخذ مال متقوم في العرف *

قوله وفي الابل بخمس وعشرين كان ينبغي ان يقدر فيه بخمس لانه يجب فيه شاة فكان غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى تجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك في كل جنس يريده حتى لو اراد الابل تجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان اقل الجمع ثلثة (فيحمل)

الى الوزن المعتاد * ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشرة درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر * ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره * ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم * ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه * وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة *

فيحمل على ثلثة اموال ولو قال علي مال نفيس اوكريم او خطير او جليل قال الناطقي لم اجده منصوصا وكان الجرجاني يقول يلزم مائتان ولو قال علي دريهم او دنينير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص عن الوزن ولو قال حنطة كثيرة فهذا على خمسة اوساق والوسق ستون صاعا وهذا على قولهما لان النصاب في باب العشر يقدر بهذا واما على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فلا نصاب للحنطة فيرجع الى بيان المقر * **قوله** الى الوزن المعتاد اي معتاد ذلك البلد قال في المبسوط ان كان في بلد يتبايعون على دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف الى ذلك لان تعيين وزن سبعة لم يكن بنص في لفظه وانما كان ذلك بالعرف الظاهر في معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ويعتبر في كل موضع عرف اهل ذلك الموضع ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة وفتاوى القاضي فخر الدين لو قال كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلثه اعداد ذكر بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار **قوله** وقبلي ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة * (قوله)

ولو قال المقر هو وديعة و وصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح * ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فثبت اقلهما * ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب *

قوله ولو قال المقر هو وديعة و وصل اي في قوله علي وقبلي لان آخر كلامه تفسير لاوله وهو يحتمل لما فسره فان قوله علي اي حفظها لا عينها لان المضمون على المودع الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد به ما يحله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا **قوله** والاول اصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه اجدر **قوله** لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور الاصل انه متى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لي عليك الف او قال اقض الالف التي عليك فقال نعم فقد اقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه فقد اخرجه مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم اعطيك الالف التي لك علي ومتى ذكر في موضع الجواب كلاما يستقل بنفسه يجعل مبتدءا فيه لا مجيبا الا ان يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من ان يحمل على الجواب ولا يلزم علي هذا المدعو الى الغداء لو قال والله لا اتغدى ينصرف الى الجواب بدون الكناية فان المعنى الذي يوجب حمله على الجواب في اليمين يوجب حمله على الابتداء ههنا لانه انما حمل على الجواب في مسئلة اليمين لانه دخل المدعو في اليمين بيقين اريد به الجواب او الابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة باكل (غداء)

ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقية الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقرله في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقدمرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقرله على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطف لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى تفسير فكان كلها ثيابا *

فداء آخر بالشك وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشك *

قوله ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا اشارة الى قوله والقضاء يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى التمليك منه وهو لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا اذا قال احلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه **قوله** وقدمرت المسئلة في الكفالة اي في باب الضمان منه ببيان الفرق وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا انه لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد القوصرة (با)

قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابييوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح

بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب قولهم انما يسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهي زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وان كان الثاني مما لا يكون ظرفا للاول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما اقر بغصبه اولا فلغا آخر كلامه وان كان الثاني مما يحتمل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رح لانه حقيقة للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة يحمل عليها كما في قوله غصبت ثوبا في عشرة اثواب فانه يلزمه عند محمد رح احد عشر ثوبا لان العشرة قد يكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يصان الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله حنطة في جوالق وعند ابييوسف رح وهو قول ابيحنيفة رح لم يلزمه الا ثوب واحد لان الثوب الواحد لا يصان في عشرة اثواب عادة فصار بيانا لان محل المغصوب عشرة (١)

ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعي وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا تلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح تلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق *

اثواب هذا في كلمة في واما الحكم في كلمة من فما ذكره في الكتاب وهو ان يكون اقرارا بالغصب في الاول خاصة لان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حماره فكان اقرارا لغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة جمع سرير *

قوله ان حرف في يستعمل للبين والوسط فان قيل لم يأت استعماله في الآية للبين والوسط بل لمع اي مع عبادي قلنا لما تردد بين المحلين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشك على ان حرف في قد يكون بمعنى على ايضا كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل وحمله على هذا المعنى لا يوجب ايضا والذمة في الاصل بريئة فلا يجوز شغلها بالشك **قوله** على ان كل ثوب موعي وليس بوعاء يعني ان العشرة لا يكون وعاء معنى لان الوعاء غير الموعي والثوب اذا لف في ثياب وكل ثوب يكون موعي في حق ما وراءه فلا يكون وعاء الا الثوب (١)

فصــل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان اومات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه

الذي هو ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا واما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة ايضا مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة المسئلة مع اختلافاتها ودلائلها مرت في الطلاق ولو قال له وعلي ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه في قول ابي حنيفة رحمه الله كر شعير وكر حنطة الاقفيز حنطة لان القفيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكران ولو قال له علي ما بين عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله ما بين كذا في جميع ما ذكرنا والله اعلم *

* فصــــل *

قوله ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم الى آخرها صورة المسئلة ان يقول لما في بطن فلانة علي الف درهم ورثها من ابيه فاستهلكتها او كان ذلك دينا لابيه مات وانتقل اليه او وصية له من غيره فاستهلكتها او كان دينا علي فاوصى له بذلك ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين **قوله** ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقل من ستة شهر مذ مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون (١)

قما

فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا **قال** فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا احمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

المرأة معتدة فحي اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي *

قوله فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما اذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف الى وارثها والى من اوصى له به ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما فان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان قال باع مني شيئا بالف درهم او اقرضني الف درهم لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا فان قيل هذا يكون رجوعا وانه لا يصح وان كان موصولا قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه **قوله** وان ابهم الاقرار بان قال لحمل فلانة علي الف لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقا ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون واحد المفاوضين على الاقرار بسبب التجارة (ولم)

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم *

ولم يحمل على الاقرار بغير التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يواخذ العبد به في حال رقه ويواخذ الشريك الآخر وفي الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يواخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا ولابي يوسف رح طريق آخر وهو ان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد رحمه الله الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر شيئا اولى من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد كما لو اشترى عبدا بالف ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن الاول واكثر والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقر بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا يزاحمه الارث لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشيوع حقه في جميع التركة اما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للتصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل *

قوله ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط صورته ما اذا اقر لرجل بدين او قرض او غصب او وديعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلثة ايام فالاقرار جائز والخيار باطل اما جواز الاقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله علي او عندي لفلان واما الخيار فباطل لان الاقرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فهو صدق اختاره او لم يختره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما باشر اشتراط الخيار في المعقود لتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار في معنى التعليق (با)

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر

بالشرط فما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم اصل السبب فاذا بقي بقي حكم الاقرار وهو اللزوم *

* باب الاستثناء *

قوله وما في معناه اراد به ما كان بيانا مغيرا كالشرط وغيره لانه في معنى الاستثناء **قوله** لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما **قوله** ولكن لابد من الاتصال لانه بيان مغير فيصح موصولا لا مفصولا على هذا اجمع العلماء الا ابن عباس فعنده يعمل الاستثناء وان كان مفصولا استدل بقوله عليه السلام لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامتثال لما امر به في قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت وسواء استثنى الاقل او الاكثر وقال الفراء اذا كان المستثنى اكثر من الباقي لا يجوز الاستثناء به وهو قول مالك ورواية عن ابي يوسف رح **قوله** فان استثنى الجميع لزمه الاقرار هذا اذا (١)

والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا

استثنى بعين اللفظ الذي تكلم به في صدر الكلام بان قال نسائي طوالق الانسائي فانه لايصح الاستثناء اما اذا قال نسائي طوالق الا هؤلاء او قال الافلانة وفلانة وفلانة فاستثنى الكل باساميهن يصح الاستثناء ولايقع الطلاق عليهن وكذا لوقال عبدي احرار الاعبدي لايصح ولو قال الا هؤلاء اوفلانا وفلانا وفلانا اذ كرجميع عبده باساميهم يصح وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيبتني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست تعليقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كان الست لاصحة لهامن حيث الحكم لان الطلاق لامزيدله على الثلث ومع هذا لايجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا لماذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هوان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ماتناوله صدر الكلام اوللتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صاركلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا مريرجع الى ذات اللفظ ويتصوران يدخل في ملكه غيرهذه الجواري او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لايصلح لاخراج بعض ماتناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح *

قوله والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اي انهما اثمان باوصافهما حتى لوعينا تعلق العقد بعينهما ولووصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوي الجيد والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لاصورة لانه تكلم بالالف صورة والعدديات التي لاتتفاوت كالمقدرات في ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لايصلح ثمنا فلم يكن استثناؤه استخراجا صورة ولامعنى فكان باطلا فان قلت ان فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم لايصح الاستخراج باعتبارها قلت الاثمان مقدرة لمالية الاشياء (لا)

ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح * **قال** ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس

لأنها مقدرة فيصلح ان تكون مقدرة للدراهم المستثناة فكانه ذكر المقدر وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى وما لا يصلح ثمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لافتقار المقدر الى ان يكون مقدرا فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فيبطل * **قوله** ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة احترازعن السلم **قوله** فصار بقدره مستثنى من الدراهم فصار كانه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم وفي الذخيرة ان كان للمستثنى مثل من جنسه كالكيلي والوزني والعددي المتقارب نحو ان يقال لفلان علي دينار الا درهما او الا قفيز حنطة او الا مائة جوزة صح الاستثناء ويطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تأتي على جميع ما اقر به لا يلزمه شيء وان لم يكن للمستثنى مثل من جنسه نحو ان يقول لفلان علي دينار الا ثوبا او قال الا شاة لا يصح الاستثناء اجماعا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله **قوله** لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وفي الجامع لقاضي خان رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رحمة الله عليه تعليق بشرط لا يوقف عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف رحمه الله لا يقع لانه ابطال وقال محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط **قوله** لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل (١)

لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لوكذبه المقرله في الاجل يكون المال حالا * **قال** ومن اقربدار واستثنى بناها لنفسه فللمقرله الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا * ولوقال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهوكما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقرله لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار * ولوقال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقرله ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقرله العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب

التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه تبين به انه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط *

قوله لانه في معنى بيان المدة اي من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر فى العادة لبيان محل الاجل فاعتبر اقرارا بدين مؤجل **قوله** لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا اي البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقرله ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان البيت فى لفظ الدار دخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن ولوقال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو (كما)

بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه

كما قال اي يكون البناء له والعرصة لفلان وكذا اذا قال بياض هذه الارض لفلان وبناؤها لي لان ما تضمنه اللفظان من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة منع دخول الوصف في ذلك الحكم بطريق التبعية فلا يكون هو مقرا بالوصف فلا يكون في قوله وبناؤها لي راجعا عما اقر به بخلاف ما اذا ذكر مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له وفي الذخيرة واعلم بان هذه خمس مسائل وتخريجها على اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار لا يمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الاقرار لا يصح والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان انما كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر المقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء كلاهما للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله بناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تناوله الاقرار لا يصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء كلاهما للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر حصل مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله اولا بناء هذه الدار لفلان آخر صار مقرا بالبناء له وبقوله ارضها لفلان صار مقرا على الاول بالبناء الثاني واقرار الانسان على غيره باطل *

قوله بعد حصول المقصود وهو سلامة العبد بيانه ان المقر له ادعى وجوب الالف بسبب بيع (١)

ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقرله يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه * وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقرله ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا * ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن *

الآخر والمقر اقر بسبب شراء هذا العبد فلا يبالي بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما اذا اقر بالف من ثمن متاع والمقرله يقول انه غصب او قرض لا يبالي باختلاف السبب كذا ههنا *

قوله ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره اي مع انكار العبد المقر به يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر **قوله** واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال من المقر والعبد سالم لمن في يده **قوله** وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان ثمن عبد غير معين لا يكون واجبا على المشتري الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم رجع **قوله** وقال ابو يوسف (ومحمد)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان عليّ الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضتني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه فى الاصل وكذبه فى الجهة وان اقر انه باعه متاعا اي صدقه فى الاصل والجهة بان اقر انه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتاكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لمقتضى اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بالمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح مفصولا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان عليّ الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير وانما قال ومعنى المسئلة بيانا لاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاول كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال عليّ الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لايصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح *

قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا الا ان مطلق الدراهم يتناول الجياد ولان بياعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا للاصل فلذلك يشترط الوصل وكذا الستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة او ستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فالقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب *

(قوله)

لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار بخلاف ما اذا قال عليّ كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول انه يصدق فى الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما فى الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها * ولو قال لفلان عليّ الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم * ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضي له فى الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله

قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار لان الصفة ليست مما يتناوله اسم الدراهم حتى استثني وانما ثبت وصف الجودة لمقتضى مطلق العقد **قوله** لان الرداءة نوع لا عيب فان العيب ما يخ عنه اصل الفطرة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة فهو في معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية الا ترى انه لو قال بعتك هذه الحنطة واشار اليها والمشتري كان رآها فوجدها ردية ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب ولو قال بعتك بهذه الدراهم واشار اليها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جيادا لا زيافة فيها فعلم ان الزيافة عيب **قوله** وقيل لا يصدق اي عند ابي حنيفة رحمه الله **قوله** فلا مقتضى له فى الجياد ولا تعامل اما لا مقتضي فلما ذكر ان المقتضي هو عقد المعاوضة ولم يوجد وقوله لا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان فى القرض ان لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل والناس انما يتعاملون بالجياد فينصرف الى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف الى الجياد *

(قوله)

وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان * ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل * وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه * ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم * ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة

قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اي اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض **قوله** اذ القبض فيهما اي في الغصب والقرض لان القرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه ايضا **قوله** يتناولها مجازا المشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة **قوله** ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او بسبب اخذ السعال فعن ابي يوسف رح انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا **قوله** اقر بسبب الضمان (و)

فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا * فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر * ولو قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان * ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف

وهو الاخذ ودلالة كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى يرد هذا تناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله وديعة رجوع عما اقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشتري باجل الثمن بعد ما اقر به والبائع يدعي معجلا فان قيل ينبغي ان يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب على ماذكرنا فلا يحتمل الوديعة وبقوله وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا *

قوله فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة عدم في غير موضوعها **قوله** فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها الى قوله والقول للمنكر اي بالاجماع وان قال آجرت دابتي هذه فلانا الى قوله وقالا القول قول الذي اخذ منه الدابة هذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر اما لو كان الثوب معروفا انه للمقر والدابة او الدار فقال قبضته فيه فكان القول قول المقر في قولهم لان الملك فيه معروف للمقر **قوله** وعلى هذا الخلاف (الا)

في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرار اله باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخران في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا *

الاعارة والاسكان بان قال اعرتك داري هذه ثم رددت علي او اسكنتك داري هذه ثم ردت علي وقال الآخر الدار داري *

قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع **قوله** وجه القياس ما بيناه في الوديعة وهو قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو منكر فيكون القول قوله في كيفيته **قوله** وقد تكون من غير صنعه كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه وكذا المودع اذا مات الوديعة في يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد له من قبله حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف **قوله** وليس مدار الفرق على ذكر (١)

ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد ملك المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا *

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما

الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها الاعارة والاسكان هذا احتراز عن قول الامام القمي فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاءه وجزاء الاخذ الرد وهنا قال فردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع وهذا ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار وههنا في الاجارة واختيها وذكروا ان الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب ان اليد في باب الوديعة مقصودة الى آخره *

قوله ولم يقل قبضته منه قيد حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف **قوله** لانه ما اقر باليد انما اقر بمجرد الفعل منه هذا احترازعما اذا اقر الرجل ان فلانا ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى يثبت اليد للساكن على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه وما ثبت باقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط **قوله** وقد يخيط ثوبا في يد المقر بان خاط في بيت المقر والله اعلم *

* باب اقرار المريض *

قوله والديون المعروفة الاسباب كما اذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع (المقرض)

وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز *

المقرض المال اليه او اشترى شيئا وعاين الشهود قبض المبيع او استأجر شيئا بمعاينة الشهود او تزوج امرأة بمهر مثلها وعاين الشهود النكاح وعليه ديون الصحة فان هذه الديون تساوي ديون الصحة *

قوله وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب في اخباره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في اقراره لوجود هذين الوصفين في المقر وفي هذا لا تفاوت بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما ان المرض حالة التوبة والانابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل **قوله** ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو اقوى اولى وفي هذا جواب ايضا عما ادعاه الشافعي من استواء حالة الصحة وحالة المرض **قوله** بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نساء او جواري او هو شيخ كبير لا يولد له عادة وتزوج آيسة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبنى الامر عليها **قوله** وهذه حالة العجز يعني انه لما مرض الانسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة اليه يتوى دينه لان المريض يتلف المال سريعا فيؤدي الى ابطال حقه فيهم * (قوله)

وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لامرد له وذلك مثل بدل مال ملكه اواستهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره اوتزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لايقدم احدهما على الآخر لما بينا * ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضي ما استقرض في مرضه اونقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقربه في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فاذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقرله اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا ايقدم حاجته فى التكفين **قال** ولو اقر المريض لوارثه لايصح الا ان يصدقه فيه بقيه ورثته وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت

قوله وحالتا المرض واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخر المرض بعد ان يتصل بها الموت حالة واحدة هذا جواب سوال مقدر يرد على قوله لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال بان يقال لوكان تعلق الدين المقدم مانعا عن الاقرار بدين آخر ينبغي ان لا يصح اقرار المريض بالدين ثانيا بعد ما اقر اولا في حال مرضه لتعلق حق المقرله الاول بماله كما لا يصح اقراره في حال المرض اذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين في حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لكون احوال المرض بمنزلة حالة واحدة فى حق الحجر كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق **قوله** وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء اراد من غرماء المرض مايكون لهم الاسباب المعروفة لان حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على السواء **قوله** الا اذا قضى (ما)

لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي و بوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله ع م لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره *

ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة لانه ليس فيه ابطال حق الغرماء لانه حصل في يده مثل ما نقد وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثله لا يعد تفويتا بخلاف ما لو قضى مهرا امرأة تزوجها في المرض او اجرة دار استأجرها لم يسلم لهما ويشاركهما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما ابطالا لحق الغرماء كذا في المبسوط *

قوله لترجح جانب الصدق اذ العقل يمنعه عن الاقدام على الكذب وبالمرض يزداد الامتناع لكونه حالة الندم والانابة **قوله** وبوارث آخر والجامع هو ان حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار بوارث آخر وهو صحيح بالاتفاق فنبغي ان يصح هذا الاقرار ايضا اذ كل واحد من الاقرارين اضرار بالوارث المعروف **قوله** وبوديعة مستهلكة اي اقر باستهلاك وديعة كان ثبوتها معاينة وفي الجامع الكبير اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر الاب الموت قال استهلكتها وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز وجوابنا عن ذلك انا لو لم نعتبر اقراره يصير مجهلا ويجب الضمان فلا يفيد رد الاقرار ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة **قوله** ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل (لا)

قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية **قال** ومن طلق زوجه في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود لورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فتثبت *

لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض يزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار ايصال نفع الى الوارث من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد به الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره الا ترى ان الوكيل يصح اقراره بالبيع قبل العزل لا بعده ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر في حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة معه في الصحة فلو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وبخلاف الاقرار بوارث آخر لحاجته الى ابقاء نسله فلا ينحجر بحق الورثة كما لا ينحجر عن الانفاق لبقاء نفسه فان قيل لو اقر لامرأته بمهرها صدق الى مهر مثلها قلنا لا تهمة في حق اقراره لوجوب مهر مثل لان وجوب مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره الا ترى ان عند المنازعة جعل القول قولها الى مقدار مهر مثلها ولهذا لو اقر لها زيادة على مهر مثلها بطلت الزيادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم في حقها لانها من ورثته *

قوله وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها قيد بالاقرار لانه لو وهب لها هبة (او)

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله

وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا المسئلة وضعها في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما لزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير* ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق

او اوصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان ذا تمليك بعد الموت وهي وارثه ح وانا اقر المريض لاخيه وللمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات المقر فان اقراره للاخ باطل لان المريض محجور من الاقرار للوارث والاخ وارث الا انه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر اليه واما في الاجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر الى ما قبل العلة والله اعلم*

* فصـــــــل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله *

قوله لان النسب مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقراره به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام **قوله** على ما مر من قبل اي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى **قوله** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى اي اذا صدقوه الا الولد اذا كان صغيرا في يده **قوله** لما بينا اي لانه اقر بما يلزمه (قوله)

وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار *

قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى وهو ما ذكر في باب دعوى النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها **قوله** ويقبل اقرار المرأة بالوالدين ذكر في بعض الفوائد ينبغي ان يقال بالوالد لانه يترأى تناقضا لان هذا الكلام يقضي ان احدا لو قال هذه امي وصدقته يصح وذكر بعد هذا ان اقرار المرأة بالولد لا يصح قلت هذا ليس بتناقض لان الكلام ثمه في اقرار المرأة بالولد وهنا في اقرارها بالوالدة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيها الزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت ان اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها لابنته يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا **قوله** وقد مر لان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطي ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان يقف عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة **قوله** لان حكم النكاح باق لانه مالك فبقي ملكه الى انقضاء العدة ولهذا حل لها ان تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها مملوكة وناحق عليها **قوله** يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وهذا لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب على السواء والمنتهي متقرر في نفسه فيصح التصديق وهذا لان التصديق (قد)

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين و الولد نحو الاخ و العم لايقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لايزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الاترى ان له ان يوصي بجميعه يستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار *

قد وجد والاقرار قائم لان التكذيب من المقر لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موتها في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا كان باقراره يبقى بعد موتها في حق الميراث ايضا وعند ابي حنيفة رح لايصح لان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار وانما يستحق بعد الموت والتصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبارات ستحدث فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه للمقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قلنا ان الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه ذلك دعوى ارث مبتدأ *

قوله قريب او بعيد نحو ان يقر باخ وله عمة او خالة فالارث لهما دونه لانه (لا)

قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه فى الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور *

لا يملك ابطال حقهما فى الارث بصرفه الى الغير ولا يكون له الثلث وان ملك الايجاب بطريق الوصية لانه ما اوجب وصية انما اوجب ارثا الا انا اعتبرناه وصية في حق التنفيذ اذ لم يكن ثمه وارث لانه ليس فيه ابطال حق الغير فورث *

قوله لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون اي لان قبض الدين انما يكون لقبض عين مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان قوله كما هو المذهب عندنا خلافا للشافعي رح فعنده يشيع فى النصفين قوله على كون المقبوض مشتركا اي على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركا بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مقرا بكون ما قبضه مشتركا واما المقر فانه يزعم ان الدين بهذا المقدار وهو مشترك قوله ورجع الغريم على المقر لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور والله اعلم * (كتاب الصلح)

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لايقر المدعى عليه ولاينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا. وقال الشافعي رح لايجوز مع انكار او سكوت لماروينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة

---

* كتاب الصلح *

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والالا تشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار واد عى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لاتفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث وانعقد الاجماع على جوازه وهو على ثلثة اضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعي احاب اولا فان اجاب فلا يخ اما ان يقر او لا يقر وهو الانكار فان لم يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع *

قوله وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ اي اذا كان (مبطلا)

ولنا ما تلوناه ولما روينا وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر وحرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز *

قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وتفسده جهالة البدل لانها

مبطلا في دعواه احل بالصلح فهذا صلح احل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع وكان حلالا له قبل الصلح ولكن نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو عن هذا ايضا لان الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حقا للمدعي اخذه قبل الصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم اخذه فكان تاويله احل حراما لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة الاحلال وكالصلح مع احدى امرأتيه ان لا يطأ ضرتها والحمل على هذا التاويل اولى لان الحرام المطلق والحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره *

قوله ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى والصلح خير وهذا صلح فان قيل ينبغي ان يصرف الى المعهود السابق وهو ان يصالحا بينهما صلحا سيقت الآية للصلح بين الزوجين لان المنكر اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول كما في قوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلنا خرج مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق كما في قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح اي جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى (و)

هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال

واذا فعلوا فاحشة الآية ثم قال ان الله لا يأمر بالفحشاء اي لا يأمر بجميع انواع الفواحش لا المعهود فقط فان قيل المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعي عن نفسه والمدعي انما يأخذه ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا واخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهي حرام لقوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز وانما حرم لودفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا اخذ الآخذ بالجهة التي يدفعه الدافع اليه وهو يأخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة * **قوله** هي المفضية الى المنازعة لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا في الذمة الا موصوفا مؤجلا كما في السلم **قوله** ويشترط القدرة على تسليم البدل حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح كذا في النهاية **قوله** وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح وما لا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على ان يزرع ارضا له بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ثم اعتبار الصلح عن مال بمنافع بالاجارة على الاطلاق قول محمد رح حتى يفسد الصلح بهلاك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة سواء هلك بنفسه او اتلفه احد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعي على جميع دعواه الا اذا استوفى شيئا من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا لان محمدا رح جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت الموجر والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببدل او بغير بدل فكذلك الصلح وعند ابي يوسف (رح)

والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك *

قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذه على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه *

رح ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح منها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح فيعود على رأس الدعوى وقال ابويوسف رح ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعقود للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المورث عليه فيبطل ضرورة *

قوله والاعتبار في العقود لمعانيها كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة **قوله** كما يختلف حكم الاقالة هي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث **قوله** لانه ياخذها على اصل حقه اي يبقيها في يده وملكه كما كانت **قوله** فيلزمه الشفعة باقراره كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو منكر * (قوله)

قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلاء العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه من اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه

قوله فيبقى العوض اي بدل الصلح في يده اي في يد المدعي غير مشتمل على غرضه اي غرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها **قوله** رجع بكل المصالح عنه هذا اذا كان بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلو اجاز سلم العين للمدعي ورجع المستحق بقيمته على المدعى عليه ان كان من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير اعيانهما وثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كانه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي **قوله** باع منه على الانكار وصورته ادعى على آخر دارا مثلا وانكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع بان قال المدعى عليه للمدعي بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه بالدار ثم لو استحق العبد يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى * (قوله)

قمح

كالجواب في الاستحقاق في الفصلين **قال** وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعري العوض عند ذلك عن شئ يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي *

قوله كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي فصلي الاقرار والانكار **قوله** على ما قدمناه في البيوع اي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع **قوله** لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح هذا جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وفي الذخيرة رجل ادعى دارا في يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعي انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذا جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل تقبل بينته على باقي الدار فيما وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا يسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع ما ادعى بما اخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي ره في شرح الكافي انه يسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وجه من قال يسمع ان المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي الا ان الابراء عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عينا ودعوى فان المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذه العين يصح الابراء حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع **قوله** او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان الابراء عن دعوى العين يصح والله اعلم * (فصل)

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن **قال** ويصح عن جناية العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء

* فصل *

قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع والمنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث او اقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح **قوله** فمن عفي له من اخيه شيء اي من اعطي له من دم اخيه المقتول شيء وذلك بطريق الصلح وروي عن جماعة منهم عمر وابن عباس رضي الله عنهم ان الآية في عفو بعض الاولياء وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا هو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص كذا في التفسير **قوله** وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلهذا لو صالح من دم العمد على سكنى داره او خدمة عبده جاز لانها تصلح مهرا ولو صالح عليها ابدا او على ما في بطن امته او على غلة نخلة سنين معلومة لم يجز لانه لا يصلح مهرا وكل جهالة تحملت في المهر تتحمل ههنا ومايمنع (صحة)

لانه لا يجب بمطلق العقود وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس ومادونها وهذا بخلاف الصلح من حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه

صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح لتشاكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء الا في مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية نحو ان يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح على خمر لا يجب شيء لان وجوب المهر في النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا بالمال واذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية اصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وثمه يجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس من ضرورة الصلح فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شيء *

قوله لانه لا يجب بمطلق العفو يعني لما لم يسم مالا متقوما في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء فبقي مطلق العفو عن القصاص وفي ذلك لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح **قوله** وفي النكاح يجب مهر مثل في الفصلين اي في فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفي تسمية الخمر والخنزير **قوله** وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح والوجه في الفرق بينهما ان حق الشفعة حق ان يتملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما واما في باب القصاص فالمحل صار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا في حق اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق في المحل فيملك الاعتياض * (قوله)

غير ان في بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افترا قا عن دين بدين * ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين

قوله غير ان في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وبه يفتى وهو رواية ابي حفص وفي الصلح في رواية ابي سليمان رحمهما الله انه لا يبطل فوجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقط لا يعود وفي رواية الكفالة بخلافها فوجهه ان الكفالة بالنفس بسبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا **قوله** بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ويفترقان ايضا في الصلح على الخمر والخنزير ذكر في المبسوط ولو كان القتل خطأ اي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون اذا بطل بقي المال واجبا كما كان وهو الدية **قوله** كيلا يكون افترا قا عن دين بدين اي عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر الخ صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فصح ان كان يدا بيد اما لو صالح على شيء من المكيل او الموزون سوى الدراهم والدنانير الى اجل هو باطل لان القاضي عين الحق في الابل فكان هذا اعتيا ضا عن دين بدين **قوله** فلا يجوز الزيادة على ما تعين اي شرعا (قوله)

قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد منه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا

قوله ولا يجوز من دعوى حد صورته رجل اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرافعه الى الحاكم فصالح الماخوذ على مال على ان لا يرافعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفا فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعفو عنه فالصلح باطل **قوله** ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها اي اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه ابنه وجحد الرجل فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب يثبت حقا للولد لاحتياجه اليه لا حقا لها فلا تملك الاعتياض لاسقاطه وكذا لو كان لرجل ظلة او كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل واراد طرحه فصالحه على مال لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهله فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضاء الباقين فجاز كذا في الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز* (قوله)

ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه **قال** وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح * **قال** وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء * **قال** واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه *

قوله ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه هذا عام في جميع انواع الصلح **قوله** وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها كانه زاد في مهرها ثم خالعا على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة **قوله** فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذته عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده **قوله** ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل هذا ايضاح لكونه بمنزلة الاعتاق على مال اذ لو كان بطريق المعاوضة لما جاز هذا لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة في المعاوضات (و)

قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك المولى اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال** واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل *

وقوله الى اجل للتاكيد فان ما لا يثبت دينا في الذمة لا يثبت بذكر الاجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان فيكون ذكر الاجل موكد النفي وجوب الحيوان دينا في الذمة *

قوله يكون الكفن عليه تبين بهذا ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا عن ملكه في الثوب المستهلك ولا ربوا بين الثوب والدراهم **قوله** او حقه في مثله صورة ومعنى هذا الوجه الثاني لابي حنيفة رحمه الله وهو ان حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى وايجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والدية وانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاما لا ضرورة في ايجاب المثل لان الله تعالى عالم بذلك فما لم يقض القاضي بالقيمة بقي المثل واجبا في الذمة ومنه فقبل قضاء القاضي بالقيمة (اذا)

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح

اذا تراضيا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربوا كما اذا كان العبد او الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالح على اكثر من القيمة لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين الرجلين فاعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر مع المعتق على اكثر من قيمة نصيبه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليها قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها فلم يقم فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام مؤجل لا ان الطعام بدل عن القيمة ولهذا لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان والله اعلم *

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

قوله ما صالح عنه اي عن الموكل * (قوله)

اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا اومنكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه اوعلى عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده

قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء وفي المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا ان الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فيه ملكه بازاء ما التزم شيء لان المسقط يكون متلاشيا فلا يكون داخلا في ملك احد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبي معبر عنه الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد اليه وان كان بغير امره فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضائه والمدعي لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه **قوله** كالفضولي في الخلع اي من جانب المرأة **قوله** ويكون متبرعا بالواو **قوله** بخلاف ما اذا كان بامره اي لا يكون متبرعا على المدعى عليه حينئذ **قوله** ولا يكون لهذا المصالح (شيء)

ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجد ها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله *

شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط اي اسقاط المدعى عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شيء ولا فرق في هذا اي في ان لا يكون للمصالح شيء بين ما اذا كان مقرا او منكرا لانه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى عينا والمدعى عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه ان كان بغير امره لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره فاما شراء الدين من صاحبه لا يجوز لانه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين *

قوله ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم بل ينفذ ههنا على المصالح وانما توقف في قوله صالح فلانا وفي الذخيرة اذا صالح الرجل من المدعى عليه بغير امره لا يخلو اما ان قال المصالح صالح فلانا على الف درهم من دعواك على فلان وفي هذا الوجه يقف الصلح على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ لا على المصالح ولا على المدعى عليه وان رد المدعى عليه بطل وان اجاز جاز وكان المطالب بالمال هو المدعى عليه وان قال المصالح صالحني وكذلك اذا قال صالح فلانا على الف من مالي (وكذلك)

باب الصلح فى الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية ولو صالح على الف موجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لايمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك

وكذلك صالح فلانا على الف على اني ضامن ففي هذه الاوجه ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولايصير المدعى به مملوكا واما اذا قال صالحتك على الف درهم ولم يزد على هذا اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحني وقال بعضهم هو نظير قوله صالح فلانا والله اعلم بالصواب *

* باب الصلح فى الدين *

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة اي اذا كان بدل الصلح من جنس مايستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واسقاطا للبعض لا معاوضة وانما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم فى الغصب والاتلاف كذلك لان الاصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه * (قوله)

اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض فى المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال ادالي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود

قوله اعتياض عن الاجل وهو حرام وهذا لان الاجل صفة كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل الا ترى ان الشرع حرم ربوا النسيئة وليس فيه الا مقابلة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلة المال بالاجل حقيقة حراما اولى والاصل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدائن اسقط من حقه خمسمائة والمديون اسقط حقه فى الاجل فى الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة بخلاف ما اذا صالح من الف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين **قوله** ولان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح عبارة عن الحطيطة والحط في هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط فيه الزم **قوله** لكونه مستحقا عليه اي قبل الصلح بحكم المداينة والعوض ما يجب بالشرط واداء الخمسمائة غدا كان واجبا قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم (الفائدة)

كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه اولانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

الفائدة فبقي الابراء مطلقا والدليل على ان النقد لايصلح عوضا ما قال اصحابنا رحمهم الله فيمن باع عبدا من آخر بالف درهم على ان ينقده الثمن فى اليوم او الى ثلثة ايام لا يصير النقد عوضا حتى اذا لم ينقد الثمن فى الوقت المذكور لا يبطل البيع لان النقد كان واجبا فلم يصح ان يكون عوضا عن البيع كذا هذا *

قوله كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا **قوله** ولهما الى آخره يعني ان الابراء لم يثبت مطلقا بل مقيدا بشرط وهذا لان قوله على انك بري خرج مخرج الاعواض كقوله ابرأتك على كذا والصلح على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غدا وما يقابله الابراء وهواداء خمسمائة غدا وان لم يصلح عوضا للابراء يصلح شرطا لان تعجيل بعض المال قد يرغب فيه حذرا عن فوت الكل عند افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وقد بدأ بالاداء ثم اعقبه بالابراء وما وجد الابراء الا والاداء مقرون به ولا يصلح عوضا ويصلح شرطا فيتقيد به **قوله** فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه بيان مجوز الاستعارة وهوان فى المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض وفى الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز ان تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه **قوله** اولانه متعارف يعني ان لجواز استعمال مثل هذا الشرط فى الصلح معنيين احدهما ان تكون كلمة المعاوضة وهي كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء والثاني كون مثل هذا الشرط متعارفا فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التقييد بالشرط والتعلق به (ثابت)

كما في الحوالة

ثابت لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كان واذا ومتى واما معنى فان في التقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء في الحال بشرط وجود ما قيد به حتى اذا لم يوجد المقيد يعود الدين واما في تعليق الابراء بالشرط لا يوجد الابراء اصلا في الحال لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لان التقييد بوقت بمنزلة الاضافة الى ذلك الوقت والاضافات اسباب في الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لا يطلق امرأته فاضاف الطلاق الى الغد فقال انت طالق غدا يحنث في يمينه ولو علق طلاقها بمجيء الغد فقال انت طالق اذا جاء غد لا يحنث ولا يقال كلمة على دخل البراءة دون الاداء فكيف يكون الاداء شرطا للبراءة وما دخل عليه كلمة على هو الشرط كما في قوله انت طالق على الف انت حر على الف وكقوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا لانا نقول دخولها على البراءة بمنزلة دخولها على الاداء بحكم المقابلة الثابتة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الآخر وهو نظير ما مر في الخلع من هذا الكتاب ما اذا قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله لانها صارت طالبة للثلاث بكلمة الشرط فصار كل واحد منهما شرطا لصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق *

قوله كما في الحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وفي الفوائد الظهيرية لهما ان هذا حط بعوض وقد فات فيبطل الحط كما لو حط بشرط ان يعطيه بالباقي رهنا وكفيلا فلم يعطه وبيان ان هذا حط بعوض انه حط خمسمائة بشرط ان ينقد خمسمائة في الغد ونقد خمسمائة في الغد يصلح عوضا عن الحط لان الطالب ينتفع به كما هو المعروف وما قال ابو يوسف رح ان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد كان واجبا قبل الحط قلنا النقد قبل الحط كان واجبا في المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط فيعتبر واجبا مرة اخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ الثابت مرة يعتبر ثابتا (مرة)

وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة اولم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادالي خمسمائة على انك بريئ من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد

مرة اخرى اذا افادا عتباره ثابتا مرة اخرى بدليل ان من ظاهر من امرأته مرارا صح لما ان اثباته مرارا يفيد شيئا وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا النقد يعتبر واجبا مرة اخرى ليصير عوضا عن الحط لفواته *

قوله وسنخرج البداية بالابراء وهو الوجه الثالث المذكور بعد هذا وفيه العذر لما قاس عليه ابو يوسف رح بقوله كما اذا بدأ بالابراء **قوله** واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا لان العوض ما لا يكون حاصلا له وههنا اداء الخمسمائة حاصل له لانه واجب عليه بدون ابراء بعضه **قوله** فوقع الشك في تقييده اي في تقييد الابراء بالشرط بعد ما اطلق الابراء لان اداء الخمسمائة (ان)

قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به *

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين

ان صلح مقيدا من حيث انه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث انه يصلح عوضا فوقع الشك في التقييد فلا يثبت بالشك بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقيدا باداء خمسمائة وباعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك فى اطلاق الابراء فلا يثبت الاطلاق بالشك وفى المسئلة الرابعة الابراء مطلق لان اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحيحا ما لم يقيده بزمان معين فيلغو ذكره وفى المسئلة الخامسة لا يصح الابراء لان تعليق البراءة بالشرط الصريح باطل وهذا لان الابراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز ففى الابراء المشتمل على المعنيين قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح بالشرط عملا بالشبهين *

قوله جاز اي التأخير والحط على رب المال **قوله** ليس بمكره لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل الا ترى ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الانكار لما قلنا الا ان فيه نوع اضطرار وذا لا يمنع نفاذ التصرف كشراء الطعام بثمن غال عند المجاعة او بيع عين من اعيان ماله بطعام لياكله كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا فيه فكذلك اذا اخر او حط مضطرا والله اعلم *

* فصل فى الدين المشترك *

قوله واذا كان الدين بين الشريكين وضع المسئلة فى الدين لان فى العين بين الشريكين (اذا)

قنب

فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين

اذا صالح احدهما من نصيبه على شيء لم يشرك الآخر فيه وذكر في باب الصلح في الغصب من صلح المبسوط ولو ان رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث من ابيهما فصالح احدهما على مال لم يشركه الآخر فيه سواء كان المصالح منكرا او مقرا الا انهما يتصادقان على ان المدعي ملكها وان المصالح مانع لنصيبه وتصادقهما يكون حجة في حقهما *

قوله فصالح احدهما من نصيبه قيد بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء في الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين **قوله** وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة فان قيل ينبغي ان لا يكون له حق المشاركة في الثوب لان الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفي المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب كذا هنا قلنا قد ذكر في مبسوط خواهر زاده ان الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة الاحكام استيفاء العين الحق في بعض الاحكام واما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما ويظهر هذا في مسائل منها اذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو كان مكانه شراء له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تصادقا على ان لا دين يبطل الصلح ولو تصادقا على ان لا دين لا يبطل الشراء ولو ادعى دارا في يد انسان انها له فجحد ثم صالحه على ان اشترى الدار من المدعي بامة له كان للشفيع ان يأخذها بالشفعة بقيمة الامة ولو صالحه عن الدار على امة بعد ما جحد الدار لا يصير مقرا له ولا يكون للشفيع الشفعة **قوله** الا ان يضمن له شريكه ربع الدين استثناء من قوله ان شاء اخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في نصف الثوب ويجوز ان يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه (الدين).

اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك ۞ **قال** ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ۞ **قال** ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة

الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن ان يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة ۞

قوله اذا قبض احدهما شيئا منه اي بطريق الاستيفاء **قوله** لانه ازداد بالقبض لان للنقد مزية على النسيئة **قوله** كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة بان جمع اثنان عبدين لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وان اختص كل واحد من العبدين باحدهما وثمن المال المشترك بان باعا عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة والموروث بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه ازداد بالقبض ۞

(قوله)

فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض

قوله فلو الزمناه ربع الدين يتضرر به يعني لو الزمنا المصالح ربع الدين يتضرر به لان الصلح مبناه على الحط بما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته الا ربع الدين فيتضرر به فيخير بين ان يدفع نصف المصالح عليه او ربع الدين كما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى احد الشريكين من المديون شيئا بحصته حيث كان له ان يضمنه ربع الدين لان مبنى البيع على المماكسة فالظاهر استيفاء حقه كملا فلا ضرر له في ايجاب ربع الدين ثم لا سبيل للشريك على الثوب المبيع لانه ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين لان عقد الشراء مثبت للملك بنفسه فيستغني عن قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح **قوله** لانه قاض بنصيبه لا مقتض لان آخر الدينين يصير قضاء عن اولهما لان القضاء لا يسبق الوجوب **قوله** لانه يودي الى قسمة الدين قبل القبض وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلانه يقال لاحد النصيبين حال وللآخر مؤجل واما في الحكم فلان للساكت ان يطالب المديون بنصيبه في الحال وللمؤخر لا والقسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة (تميز)

والاستيجار بنصيبه قبض

تميز وما في الذمة لا يتصور فيها التميز ولان في القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصدا والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة والفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين الابراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الابراء هو انه لا يبقى نصيبه بعد الابراء اصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفي التاخير بقي نصيب كل واحد منهما في اصل الدين على حاله حتى ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما ولان في التصرف المؤخر اضرارا بشريكه واحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب احد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر ان يبطل الكتابة وههنا في التاخير ضرر دون الابراء بيان ذلك انه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا اخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابراء اذ ليس فيه اضرار بشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك *

قوله والاستيجار بنصيبه قبض صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاستأجر احدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستأجر اتباعه فانه له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عداه منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا من المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعة (عن)

وكذا الاحراق عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد *

عن محمد رح هذا اذا استأجر احدهما بخمسمائة اي مطلقا من غير اضافة الى نصيبه من الدين ثم صار قصاصا بنصيبه فاما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه *

قوله وكذا الاحراق عند محمد قيل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا رمى بالنار على ثوب المديون فاحرقه واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك ان يتبع المحرق بالاجماع لانه ح يكون الاستهلاك بعد الغصب **قوله** والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية اي التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه لو تزوج احد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة ولكن لم تضف الى الدين فان ثمه يتبع الساكت الزوج لان الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة فيرجع الساكت عليه ولا كذلك اذا اضاف العقد الى الدين لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الابراء وهناك لا يتبع فكذا هنا وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن ابي يوسف رحمه الله ان للآخر ان يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان التزوج بالدين المشترك قبض لان التزوج وان كان به لفظا لكنه بمثله معنى فصار كتزوجها بخمسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى تزوجها على نصيبه من الدين لم يصر الزوج مقتضيا لنصيبه من الدين لانه تعلق النكاح بعين الحصة لان النكاح متى اضيف الى دين في الذمة يتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجها بخمسمائة **قوله** وكذا الصلح عن جناية العمد اي جنى احد الشريكين على المديون عمدا فصالحه منها على نصيبه (قوله)

قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابويوسف رح يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لوجاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولوجاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شرى العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه

قوله واذا كان السلم اي المسلم فيه بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابويوسف رح يجوز الصلح والحاصل انه يتوقف الصلح عندهما على اجازة صاحبه فان اجاز نفذ عليهما كانهما صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وان رده بطل اصلا وبقي الطعام كله بينهما وعند ابي يوسف رح الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لما ان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على اي بدل كان عنده ثم احد ربي الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخر بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا **قوله** بخلاف شراء العين جواب لقوله وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما اي الاقالة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء وذلك يستغني عن العقد وهنا التصرف في ابطاله واقع في العقد وهو ينعقد بهما فلا يجوز ان ينفرد احدهما بالابطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته اذ حالة الدين كحالة الوجود الى ان يقبض والحكم يقتصر الى العلة ثبوتا ولانه لوجاز الصلح من احدهما يؤدي الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم ارادا فسخ الاقالة فانه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لان الآخر اذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس (المال)

قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق *

فصل في التخارج

واذا كانت الشركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا

المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم لا تحتمل الابطال *

قوله قالوا هذا اذا خلطا رأس المال اي هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول وهو ما ذكر انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة هو على الخلاف لان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى الوجه الثاني وهو ما ذكر انه لو جاز يشاركه في المقبوض هو على الاتفاق اي جوابهما ههنا كجواب ابي يوسف رح لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال والصحيح ان الخلاف في الفصلين ثابت الا ان عدم جواز الصلح فيما اذا خلطا بعلتين وفيما اذا لم يخلطا بعلة واحدة وذكر في الاوضح ان دعوى الاجماع فيه غير سديد لان الشركة في المقبوض انما تلزم من الشركة في دين السلم والشركة في دين السلم من اتحاد عقدهما وذلك ثابت لا يختلف بينما اذا خلطا رأس المال وبينما اذا نقد كل واحد منهما نقدا على حدة والله اعلم *

فصل في التخارج

وهو من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم بشيء معلوم وصورته امرأة ماتت وتركت زوجا وبنتا واختا لاب وام ففي المسئلة الربع والنصف والباقي والتركة دنانير (و)

لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غيران الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح * وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلابد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة

واثواب فصولح الزوج على الاثواب والدنانير يقسم بين البنت والاخت على ثلثة اسهم سهمان للبنت وسهم للاخت *

قوله لانه امكن تصحيحه بيعا انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء عما زاد من نصيبه لانا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه روي عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم اجمعين في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الف دينار **قوله** لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح الاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله** لا بد من تجديد القبض وهو ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه **قوله** فلابد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس قال الحاكم ابو الفضل رحمه الله انما يبطل الصلح على مثل نصيبه او اقل من مال (الربوا)

قند

احترازا عن الربوا * ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا * ولو كان في التركة الدراهم
والدنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى
خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف **قال** وان كان في التركة دين
على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل
لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح * وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه
ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين
وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين
ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين
الربوا في حال التصادق واما في حال المناكرة فالصلح جائز لانه يعطى المال لدفع الخصومة
فلا يتمكن فيه الربوا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربوا *
قوله احترازا عن الربوا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان
باطل لان الاسقاط انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق
المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شيء من التركة بلا ثمن في ضمن المعاوضة فيكون ربوا
فلا بد من ان يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربوا **قوله** ويكون الدين لهم فالصلح باطل
اي في الكل في الدين والعين جميعا اما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من
عليه الدين واما في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا
لاتحاد الصفقة وهذه المسئلة يرد نقضا على ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا اسلم
حنطة في شعير وزيت فانهما قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسدا
في الكل وقيل في الفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن وقيل بطلان
الصلح في العين قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا في ما وراء الدين
قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء * (قوله)

ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا *

قوله ويحيلهم اي المصالح بقية الورثة على استيفاء نصيبه اي نصيب المصالح من الدين **قوله** قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله فقال لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه من احتمال الربوا بان كان في التركة مكيلا اوموزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح اواقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر رحمه الله فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر رحمه الله لان الثابت ههنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر **قوله** والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة الا ترى انه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب للغاصب والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فيفضي الى المنازعة **قوله** وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا ويجوز قياسا قال شيخ الاسلام (رحمه الله)

كتـــاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه
وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين
مهتد فى التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم
مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلعم والناس يباشرونه فقررهم عليه

رحمه الله فى المبسوط هذه المسئلة على وجهين اما ان الدين مستغرق او غير مستغرق ففى الاول
لا يقسم لانه لا ملك لهم فى التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك فى التركة عندنا فلهذا
لا يقسم وفى الوجه الثاني فالقياس ان لا يقسم ولكن توقف الكل وفى الاستحسان يحبس
قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل
يملك الوارث فى التركة ام لا فالقياس ان لا يملك الوارث شيئا فى التركة لانه ما من جزء
الا وهو مشغول بالدين وفى الاستحسان يملك التركة حتى لو كان الموروث جارية
حل له وطئها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين
واذا ملكوا جميع التركة استحسانا كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم قدر الدين
حتى لا يحتاج الى نقض قضائه والله اعلم *

كتـــاب المضاربة

هي مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون فى الارض
يبتغون من فضل الله يعني بالضرب السفر للتجارة وفى الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركنها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال
دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي
هذا المعنى مثل ان يقول خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو (بيننا)

وتعاملت به الصحابة رض * ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه * واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله * فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره *

قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا *

بيننا نصفان او على ان لك ربعه او خمسه او عشره وشرطها ان يكون رأس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة كما مرثمه وحكمها حكم انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب * **قوله** وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين روي ان العباس رضي الله عنه دفع المال مضاربة وشرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وكان حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروي عن عبد الله وعبيد الله بني عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على ابي موسى الاشعري فقال لو كان عندي فضل مال لاكرمتكما ولكن مال من بيت المال فابتاعا به واذا قدمتما المدينة فادفعا الى امير المومنين ولكما ربحه فلما قدما عمر رضي الله عنه فقال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت عبد الله وتكلم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة اجعلهما بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد رح قال كان لنا مال عند عائشة رضي الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضي الله عنه يدفع مال اليتيم مضاربة **قوله** لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشرى **قوله** والوثيقة احترازا عن الرهن **قوله** ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة في الربح * (قوله)

قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل * ولو دفع اليه عروضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل

قوله ولا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف رح او فلوسا رائجة عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعا وحاصله ان العروض لا تصلح لرأس المال في المضاربة عندنا خلافا لمالك رح وكذلك الكيلي والوزني خلافا لابن ابي ليلى وقال مالك رح المضاربة بالعروض تصح لان العرض مال متقوم يتربح عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداءها بالعروض لكنا نستدل بنهي النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربما يرتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصل الربح ويستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقد فانه يشتري به وانما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن ابي ليلى هي جائزة فيما اذا كان رأس المال مكيلا او موزونا ايضا كما في النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا ما ذكرنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي **قوله** لانه يقبل الاضافة لانا ان اعتبرنا الوكالة او الوديعة او الاجارة فليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون المضاربة مضافة الى ثمن العروض والثمن يصح به المضاربة وكذا قوله اقبض مالي على فلان لانه اضاف المضاربة الى حالة القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عينا وانما شرط كون رأس المال عينا لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك في العين ولان (١)

على ما مر في الوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض *

قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولابد منها كما في عقد الشركة *

قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله

المضارب امين ابتداء ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين مضمون على المديون *

قوله على ما مر في البيوع اي في بيوع الوكالة وهي باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد الى آخره فعلى هذا معنى قوله اعمل بالدين الذي في ذمتك اي اشتر بالدين الذي عليك ما بدا لك من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لان صحة المضاربة ان يكون رأس المال عينا ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا للدين من نصفه لصاحبه وصاحب الدين لا يملك ان يبرئه عن الضمان مع بقائه بدون القبض واذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له ولا شيء لرب المال منه عند ابي حنيفة رح فدينه عليه بحاله وفي قولهما ما اشترى فهو لرب المال والمضارب بريء من دينه وله على رب المال اجر مثله فيما عمل وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع **قوله** وان شرط زيادة عشرة هذا تفسير للمسئلة المتقدمة يعني اذا قال على ان ما رزق الله في ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة والباقي من الربح بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله وربما لا يربح الا مقدار العشرة **قوله** ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رح يعني بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك يغير المشروع فجرى وجوده مجرى عدمه * (قوله)

كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط

قوله كما بينا في كتاب الشركة اي فى شركة الاحتطاب والاحتشاش قوله اعتبارا بالمضاربة الصحيحة لان العقد الفاسد يوخذ حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد وجه ظاهر الرواية ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة وانما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان قوله ولانه عين متسأجر في يده اي ولانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الوحد وكمن استأجر رجلا ليعمل المستأجر فان مر في يد الاجير كانه عين مستأجر حتى اذا هلك لا ضمان عليه فكذلك ههنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه ضامن للمال وقيل المذكور فى الكتاب قول ابي حنيفة رح وهو بناء على اختلافهم فى الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوي رح وما ذكر فى الكتاب بان المال فى المضاربة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه ابي جعفر الهندواني والفرق لهما بين الاجير المشترك وبين المضارب فى المضاربة الفاسدة على قول الفقيه ابي جعفر ان مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق والذي عند الاجير المشترك مضمون عندهما هو ان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معنى من حيث ان المضارب يبتغي بعمله عوضا قوله مع انها فوقها اي في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح قوله وكل شرط يوجب جهالة (فى)

كاشتراط الوضيعة على المضارب **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل فى الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه

فى الربح يفسده لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد نحو ان يعقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع المضارب ارضه سنة الى رب المال ليزرعها رب المال او يدفع داره الى رب المال يسكنها سنة فسد المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح بخلاف ما اذا عقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع رب المال ارضه الى المضارب يزرعها سنة او على ان يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا فاسدا فبطل الشرط كذا فى الايضاح وكذلك لو ورد فى الربح ايضا يفسد المضاربة نحو ان يقول بشرط ان يكون لك ثلث الربح او نصفه لجهالة فى الربح *

قوله كاشتراط الوضيعة على المضارب الوضيعه اسم لجزء هالك من المال وكذلك اشتراط الوضيعة عليهما يفسد ايضا **قوله** وشرط العمل على رب المال مفسد حكى القاضي الامام عاصم العامري عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رحمهما الله اذا شرط رب المال لنفسه ان يتصرف فى المال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة اذا شرط العمل جملة لانه حينئذ لا يصير المال مسلما الى المضارب كذا فى الذخيرة **قوله** او غير عاقد (كا)

كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراط عليهما بجزء من المال **قال** واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الايداع والابضاع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب **قال** ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برائك

كالصغير كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير لان الصغير اذا كان مالكا كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب*

قوله كالمأذون اذا دفع المأذون ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لان يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما اي اشتراط العمل عليهما بجزء من المال اي بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون المرأ فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب او الوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخلية من قبل الصغير لانه رب المال وقد تحققت **قوله** مطلقة اي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة **قوله** وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر به هذا فيما له حمل ومؤنة بناء على قوله في الوديعة كذا في المبسوط **قوله** وان دفع في بلده اي في بلد المضارب **قوله** لانه هو المراد (في)

لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برائك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برائك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول *

قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره *

في الغالب لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضاء بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه *

قوله لان الشيء لا يتضمن مثله هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان لحكم المالكية لا لحكم النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه **قوله** فلا يحصل به الغرض وهو الربح اي بالقرض لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره وهذا بخلاف الايداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الايداع حفظ المال وهو من صنيع التجار **قوله** فيدخل تحت هذا القول اي تحت قوله اعمل برائك **قوله** وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك غير مقيد حتى جاز له ان يتجاوز الى غير عينها الا اذا صرح التخصيص بطريق النهي فقال لا تعمل في غير هذه السوق فيتخصص **قوله** وفي التخصيص فائدة (و)

قال فان خرج الى غير تلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها بري من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشرى ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشرى يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشرى للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة

وهي صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانة المضارب حيث امكنه المنع عنها واختلاف الاسعار باختلاف البلدان والمضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة* **قوله** واشترى ببعضه اي وقد كان اشترى ببعضه في المصر الذي عينه **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق **قوله** الا اذا صرح بالنهي لان الدلالة لا تعارض الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون اذنا بالتناول اما اذا صرح بالنهي لا يباح التناول **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول ما يفيده التخصيص من الالفاظ الستة رفعت اليك المال مضاربة على ان يعمل به بالكوفة او يعمل به بالكوفة بالجزم او يعمل بالرفع او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لفظان دفعت اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة فالضابطة ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله تجعل (مبنيا)

لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقيد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة اودفع مالا في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقيد بالمكان وفائدة الثاني التقيد بالنوع

مبينا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبني على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الآخرين وح يكون الزيادة مشورة *

قوله لانه تفسير له الكلام المبهم تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به في معنى التفسير ايضا لان الفاء للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه انه تفسير وكذلك لو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق فيقتضي ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بها دون غيرها اما اذا قال خذه مضاربة بالنصف واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به حيث شاء لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وقد تكون للابتداء وقوله خذه مضاربة بالنصف واعمل به عطف او ابتداء فيكون مشورة لا شرطا فان قيل لم لا يجعل قوله واعمل به حالا كما في قوله ادالي الفا وانت حر قلنا قوله واعمل به لا يصلح للحال بخلاف قوله وانت حر لان العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ على انا نقول الواو تستعار للحال مجازا فصار اليه للحاجة الى تصحيح الكلام والكلام صحيح هنا باعتبار الحقيقة فلا حاجة الى حملها على المجاز **قوله** لان فائدة الاول التقييد بالمكان لانه لا فائدة في تقييده باهل الكوفة لان اهل الكوفة على آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه اهل سائر البلدان وهم بجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيقيد به وفائدة الثاني التقييد بالنوع لانه لما لم يخص (المعاملة)

هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك **قال** وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقيد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشرى الخمر والشرى بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود **قال** ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرى اذا خالف **قال** فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشترى هم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار

المعاملة بشخص بعينه بل خص من يعامل ذلك النوع في معاملاته وهم الصيارفة علم بهذا ان مراده تخصيص بيع الصرف لا الشرى من الصيارفة *

قوله هذا هو المراد عرفا اي بالاول والثاني **قوله** لقرابة او غيرها كالمحلوف بعتقه **قوله** لان العقد وضع لتحصيل الربح اي عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشرى العبد مطلقا بالف درهم يملك ان يشتري بها عبدا يعتق على موكله بالقرابة او باليمين ولا يصير مخالفا لان الوكالة مطلقة والمضاربة مقيدة بشرى شيء يحصل فيه الربح بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف حتى لو قال في الوكالة اشتر لي جارية او عبدا بالف درهم ابيعه فاشترى عبدا يعتق عليه صار مخالفا ولا فرق بينهما حينئذ **قوله** بخلاف البيع الفاسد اي يدخل البيع الفاسد في المضاربة كما اذا اشترى عبدا او ثوبا بخمر او خنزير لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود **قوله** على الاختلاف المعروف (اي)

كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة **قال** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومايتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صارا عيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة

اي يفسد نصيب رب المال عند ابي حنيفة رح ويعتق عندهما بناء على تجزي الاعتاق وعدمه*

قوله كما اذا ورثه مع غيره صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا واخا

قوله ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه اي من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح

قوله والمدعي موسر قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة المضارب اعتاق في حق الولد فينبغي ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه **قوله** حملا على فراش النكاح بان يزوجها منه بائعها

قوله كمال المضاربة اذا صارا عيانا اي اجناسا مختلفة حقيقة او حكما حتى لو كان اعيانا من جنس واحد كل عين يساوي رأس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوي الفا ورأس المال الف كان له ربعها حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح اما العبيد فعند ابي حنيفة رحمه الله اجناس مختلفة لفحش التفاوت في المعاني الباطنة وعندهما كذلك الا ان يرى القاضي الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك فحينئذ يجمع فان قيل لماذا لا يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيجب ان يبقى كذلك قلنا ان تعينها كان لعدم المزاحم لا انها (رأس)

لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فان اصحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعي كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه في الف ومايتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهران الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك

رأس المال دراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها لرأس المال ثم انما لا يتعين احدهما لرأس المال لان احدهما ليس باولى من الآخر للتعين لرأس المال *

قوله لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان صحة الانشاء محتمل تعتمد قيام المحلية في الحال وصحة الاخبار تعتمد احتمال المخبرية في الزمان الماضي وههنا امكن المخبرية لاحتمال ان يكون على الفراش لصحة دعوته ظاهرفينفذ عند وجود الشرط **قوله** ولا صنع له فيه اي في الملك لانه حصل بزيادة القيمة **قوله** كالمكاتب عند ابي حنيفة رح اي يقبل الاعتاق كما يقبل المكاتب **قوله** ظهران الجارية كلها ربح وانما لم يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان ما يجب على الولد من جنس رأس المال وانه مقدم في الاستيفاء فكان تعينه لرأس المال اولى ولما صارت الجارية ربحا فعقرها الواجب على المضارب يصير ربحا ايضا فيكون بينهما * (قوله)

وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر *

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقالا اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن

قوله وضمان التملك لا يستدعي صنعا لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوي فيه التعدي وغيره كالنائم اذا انقلب على شيء واتلفه **قوله** ثم ملكها هو وغيره وراثة كالاخ تزوج بجارية اخيه فمات المولى وترك الجارية بين الزوج واخ آخر يملكها الزوج ويضمن نصيب شريكه لانه ضمان الملك **قوله** بخلاف ضمان الولد لانه ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد **قوله** على ما مر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه *

باب المضارب يضارب

قوله وان كانت فاسدة اي المضاربة الثانية دل عليه قوله لانه اجير فيه والحكم لا يختلف (بين)

قنح

بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عند هما ظاهر وكذا عنده و وجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع

بين ما اذا كانت الاولى فاسدة او الثانية او كلتاهما وفي الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جائزتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال في يد الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشتراك الثاني في الربح واذا كانتا فاسدتين فما اثبت الاول للثاني شركة في الربح بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضاربة والمضارب اذا استأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح بل يكون اجيرا وللمضارب ان يستأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة وكذلك ان كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة ايضا لانها لا تفيد الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت الاولى فاسدة فلا تفيد الثانية شركة في الربح وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح تكون فاسدة فاذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثاني شركة في الربح فان قيل اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا يتأتى هذا القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة قلنا المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثاني من الربح مقدارا يجوز المضاربة به في الجملة بان كان المشروط للاول من الربح مائة او نصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه *

قوله بناء على اختلافهم في مودع المودع اذا اودع رجل وديعة واودع المودع عند آخر وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كما في المضارب الثاني عنده لا يضمن وعندهما يخير رب المال *

(قوله)

ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له

قوله ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول لان على الاول حفظ الوديعة فاذا دفع الى غيره يكون الثاني عاملا له بامره في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير **قوله** لانه عامل له اي لان المضارب الثاني عامل لاجل المضارب الاول فان قيل بين هذا وبين ما تقدم وهو قوله اما المضارب يعمل فيه لنفع نفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملا لنفسه ولغيره قلنا نعم كذلك الا ان ذلك بحسب اختلاف الجهة لما ان المضاربة مشتملة على عقود وذلك المضارب عامل لنفسه بسبب شركة في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع المودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع وتسمية الشيء الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضا كشخص له اب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا **قوله** وان ضمن الثاني يرجع على الاول بالعقد يعني بسببه وصحت المضاربة فان قيل المالك لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازم فيعطى لبقائه حكم ابتدائه فلا يثبت الملك سابقا على عقد الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فلا يعطى لبقائه حكم ابتدائه فصار كالمجدد للعقد بعد اداء الضمان *

(قوله)

كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعري عن نوع خبث **قال** واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله

قوله كما في المودع اي مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب المودع **قوله** فلا يعري عنه لانه ثابت من وجه دون وجه فمن حيث انه لا ملك له تمكن الخبث فيه فيكون سبيله التصدق * (قوله)

وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف *

فصـــل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى *

قوله وهو سبب الرجوع اى الغرور فى العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بآمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه والله اعلم *

فصـــل

قوله لعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه التقييد لعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد للمولى فيمنع التخلية فقال هو جائز اي سواء كان على العبد دين او لم يكن لان عبد رب المال في حق المضاربة كعبد اجنبي آخر ولا يمنع التخلية لان للعبد يدا معتبرة **قوله** ولهذا لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد اي اذا كان غائبا **قوله** وان كان محجورا عليه اي (عند)

ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف *

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح

عند الابداع وفي الذخيرة اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب اولعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط جائز ايضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب او عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا في حق العبد لان الربح انما يستحق اما برأس المال او بالعمل او بضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاشياء في حق العبد وامكن تصحيحه في حق مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلاخلاف والله اعلم *

فصــــــل في العزل والقسمة

قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد وهو رب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان (عقد)

لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وانما ينض بالبيع

عقدهما المضاربة على ما شرطا اما اذا لم يتصل قضاء القاضي بلحاقه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب العزل ولا بطلان الاهلية واما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل واما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط *

قوله لانه يتصرف له اي لان المضارب يتصرف لرب المال **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بما له او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال او هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه والعهدة في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة رحمه الله لان حكم العهدة يتوقف بردته وهذا لانه لو لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا تحت العهدة عنه فان قتل على ردته تعلق لمن انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا وكل بالشرى للغير وبالبيع وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال **قوله** لان له عبارة صحيحة لان صحة عبارته لآدميته ولا نقصان فيها بعد الردة لانه يتكلم عن عقل وتمييز كما قبل الردة ولهذا لو اسلم صح اسلامه **قوله** فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك ففي هذه المسئلة يخالف المضارب الوكيل ثم (لما)

قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فعمل العزل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجزله ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رض وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانيرا وعلى القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها *

قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض

لما لم يمنعه عزل رب المال من بيعها ملك بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة *

قوله فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت فان كان رأس المال دنانير وله دراهم او بالعكس له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لا بالعروض والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان رأس المال قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض نضيض الماء خروجه من الحجر او نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك اي تيسر وتحصل وفي الحديث يقسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا في المغرب **قوله** وعلى هذا موت رب المال اي اذا مات رب المال والمال عروض فله ان يبيعها كما اذا عزله رب المال **قوله** ونحوها اي نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانيرا وعلى القلب وان لم يكن في المال ربح وهو ديون على الناس والمضارب يمتنع من الاقتضاء يقال له وكل الورثة في الاقتضاء * (قوله)

والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه اوكله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال

قوله والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به لا يقال انه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي اخذ فينبغي ان يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما اخذ قلنا الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا احال به اي وكله فقد ازال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع واما الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب اذا كان في المال ربح **قوله** وتوكله اي قبوله الوكالة من توكل اذا قبل الوكالة واذا دفع الرجل الى السمسار الف درهم وقال اشتر بها لي رطبا باحد عشرة درهما فهذا فاسد لانه استأجر بعمل مجهول فالشرى قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات والحيلة في جواز هذا هو ان يستأجره يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له وليشتري له فهذا جاز لان العقد يتناول منافعه ههنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه الا ترى انه لو سلم نفسه اليه في جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع او شرى بخلاف الاول فان المعقود عليه هناك البيع والشرى حتى لا يجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يقم العمل *

(قوله)

قس

لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفي رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بيناه فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر *

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب

قوله لان قسمة الربح لا يصح قبل استيفاء رأس المال لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال **قوله** لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له لتصور رأس المال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المال **قوله** لما بينا اي لانه امين والله اعلم *

* فصل فيما يفعله المضارب *

قوله ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة لانه يوجب قصر يده عن المال والتصرف فيه فيضاد ما هو مقصود رب المال وهو كالاقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمنزلة التبرع ولنا انه من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فانه في الغالب انما يحصل بالنسيئة والدليل على ان البيع نسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى الا ان يكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فالآية تدل على ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك الا البيع بالنسيئة * (قوله)

وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبار العادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقائل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابيوسف رح فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة * ولو احتال بالثمن على الايسر والاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة

قوله وليس له ان يشترى سفينة للركوب قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شيء بعينه **قوله** في الرواية المشهورة احتراز به عما روي ابن رستم عن محمد رحمهما الله انه لا يملك الاذن في التجارة **قوله** اما عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك في الربح او يعرضه ان يصير شريكا **قوله** الا ان المضارب لا يضمن فيه اشارة الى ان الوكيل يضمن **قوله** واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه اي فلان المضارب يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك اي البيع بالنساء بعد الاقالة ولا يملك الاقالة ايضا عند ابي يوسف فلم يمكن ان يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها وتقريره ان المضارب لما كان يملك الاقالة والبيع بالنساء بواسطة الاقالة امكن جعله بائعا ابتداء بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لما لم يملك البيع بالنسيئة بواسطة الاقالة لم يكن جعله بائعا ابتداء فان قيل ينبغي ان لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضد الما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة الاقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن ابي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد ولانه مأذون في التجارة مطلقا وهذا من التجارة **قوله** ولو احتال بالثمن اي قبل الحوالة بان باع المضارب (و)

وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة اوشركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا بشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض *

واجل بالثمن جاز سواء كان المحتال عليه ايسر في استيفاء الثمن او اعسر *

قوله وتوابعها الايداع والابضاع **قوله** ومن جملته اي ومن جملة باب المضاربة **قوله** وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشتري بينهما نصفين والدين عليهما نصفين ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا **قوله** وما اشبه ذلك اي من انواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة (الالف)

قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رح انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا **قال** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا تصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى *

الالف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ومما اشبهه ايضا استيجار الدواب لنقل الامتعة بعد ما اشترى برأس المال وكذا الاستدانة لقصارة الثياب ومما اشبهه ايضا ان رأس المال لو كان الف درهم فليس له ان يشتري بالمكيل والموزون والمعدود لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة اما لو كان في يده دراهم وشرى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو كان ذلك الجنس في يده والقول وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والدين عليه لا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بمال نفسه لان الاختلاط انما يثبت حكما لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلافا وعلى تقدير قوله اعمل برأيك لا يحتاج الى هذا العذر فانه يملك الخلط *

قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة لا يتفاوت الحكم بين ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة او كله **قوله** والابضاع (توكيل)

قال واذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته فى المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء فى المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب فى المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي شئ في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي فى المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف الى الحاجة الراتبة

توكيل منه فلا يكون استردادا فان قيل تفسير الابضاع ان يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وههنا ليس للمبضع مال فلم يصر بضاعة لعدم ركنه قلنا لا نم ان تفسيره ذلك بل تفسير الابضاع هو الاستعانة ورب المال يصلح معينا لانه اشفق الناس اليه تصرفا فلما صح استعانة المضارب بالاجنبي اولى ان يصح استعانته برب المال فان قيل الاجنبي يصلح معينا للمضارب لانه عامل في مال غيره بامره ورب المال يعمل فيما هو مال له فلا يصلح معينا الاترى ان من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا واستعان الاجير بالمستأجر فى الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا يتحول الى الاجير حتى لا يقضى له بالاجرة فعلى هذا ينبغي ان لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا فى المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى الشركة فيها راجح حتى جازت من غير توقيت وكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفى الشركة يجوز ان يستوجب احد الشركين بعض الربح بعمل صاحبه وان لم يعمل بنفسه *

قوله وهذا بخلاف الاجير اي لا يستحق النفقة وان سافر قوله فلو بقي شئ اي من الثياب او الطعام او غيره قوله لانتهاء الاستحقاق اي بالرجوع الى مصره كالحاج من الغير (اذا)

وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج فيه اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار **قال** واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها *

قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها *

اذا بقي شيء من النفقه في يده بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ امته مع زوجها بيتا ثم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقه شيء كان للزوج ان يسترد ذلك منها *

قوله وهو ما ذكرنا اراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم **قوله** ومن ذلك غسل ثيابه وفي الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه في غسل الثياب واجرة الحمام والحلاق في مال المضاربة وكان ينبغي ان لا يجب في مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة ما لا بد للانسان منه في عموم الاوقات فيجب ان لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد الا انا نقول اوجبناه في مال المضاربة لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم ويقصون شواربهم ينقون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مبائعتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب كان في عداد المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه فصار اجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الحُرُض والصابون **قوله** واجرة اجير يخدمه اي يخبز او يطبخ او يغسل الثياب **قوله** اخذ رب المال من الربح ما انفق اي اخذ رب المال من الربح ما انفق المضارب من رأس المال تتميما لرأس ماله **قوله** حسب ما انفق على (١)

قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر * وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب وا ذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه *

المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا ان ما انفق على المتاع يضم الى رأس المال ويبيع مرابحة على الكل حتى لو اشتراه بالف درهم واستأجر دوابا تحمله الى مصره بمائة درهم فانه يبيعه مرابحة بالف ومائة ولكن لا يقول اشتريته بالف ومائة بل يقول قام علي بكذا *

قوله وان صبغها احمر التخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الحمرة **قوله** لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير اذنه فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض واما اذا كان الغاصب صبغه احمر او اصفر لم يكن للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء اخذ الثوب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه **قوله** انتظامه الخلط يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلط فانه يملك بهذا اللفظ اثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بهذا الصبغ فاذا بيع الثوب يصير شريكا في ثمنه بحصة ما زاد الصبغ فيه بخلاف القصارة والحمل فانه ليس بمال قائم حتى يصير شريكا بالخلط فكان استدانة على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك والله اعلم *

(فصل)

فصل آخر

قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب انه هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين

فصل آخر

قوله هذا الذي ذكره حاصل الجواب اشار الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم في الحال اذ الثمن في الحال كله على المضارب لانه هو العاقد **قوله** وبينهما منافاة اي بين كون الشيء مضمونا وبين كونه امانة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز نظيره ما اذا استهلك المضارب رأس المال او انفقه او اعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيئا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضارب ان يكون امينا فان اخذه من الذي استهلك كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه احد العوضين فصار بمنزلة الثمن وروى محمد رحمه الله ان المضارب اذا اقرضه فان رجعت اليه دراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان (و)

ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغائر المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد من المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة

ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة لان رب المال موكل وقرار الضمان انما يكون على الموكل *

قوله ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فان المضارب يأخذ الفا لان ربع العبد كان له فيكون له ربع الثمن وهو الالف فيبقى ثلاثة الآلاف يرفع منه رأس المال وهو الفان وخمس مائة ويبقى خمسمائة ربحا يقسمانه على ما شرطا **قوله** فاشترى رب المال اي من اجنبي **قوله** لتغائر المقاصد اذ مقصوده وصوله الى الالف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع **قوله** لانه اعتبر عدما لانه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد الا ما لم يكن في ملكه ومبنى المرابحة على الامانة والتحرز عن الخيانة فيكون البيع الثاني ملحقا بالعدم في حقها فكانه لم يوجد الا البيع الاول **قوله** وقد مر في البيوع اي في باب المرابحة **قوله** ظهر الربح بدليل انه يظهر في حق العتق اذا كان قريبا له ولو اعتقه ينفذ ايضا *

(قوله)

بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم

قال وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة و فيما اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر *

قوله بخلاف ما تقدم ذكر في الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة وضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة **قوله** يرجع مرة بعد اخرى لان الشرى لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض امانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الا مرة لان قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان والامانة كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان واذا جاز اتصافه بالضمان ففي هذه الصورة (يرجع)

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليک الفين فالقول قول المضارب وکان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشرکة في الربح وهو ينکر والقول قول المنکر ثم رجع الى ماذکره في الکتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا کان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلک في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات *

يرجع مرة لان ذلک القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يکن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمان بل قبض امانة فلا يتحقق الاستيفاء فيکون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى ثم دفع الموکل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما کان بعد وجوب الثمن ولا رجوع بعد الاستيفاء والله اعلم *

فصل في الاختلاف

قوله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض اي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض احترز به عما وقع الاختلاف في صفة المقبوض من کونه قرضا او وديعه او بضاعة فالقول فيه قول رب المال **قوله** ولو اختلف مع ذلک في مقدار الربح اي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال صورته ماذکر في الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لک ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف فالقول قول المضارب في قدر رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منکر للشرط وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته لان رب المال يدعي فضلا في رأس المال والمضارب يدعي فضلا في الربح والبينات شرعت للاثبات وفي الاوضح قال الامام رضي الدين رحمه الله رأيت في بعض (نسخ)

قال ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول *

نسخ شروح الاصل ان البينة بينة المضارب اذ هي المثبتة اذ الملك ثابت لرب المال في كل قدر لا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض رأس المال وكون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوت فيه بالبينة ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب وفي عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة فقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن ورب المال يدعي ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان والبينة بينة المدعي كذا في الايضاح *

قوله وقال الآخر اي المضارب فالقول للمضارب في دعوى العموم اي مع اليمين **قوله** لان الاصل فيه العموم يدل عليه انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة **قوله** والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان اي لاحتياجه الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخر اي رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله اذ هو المتمسك بالاصل **قوله** لان آخر الشرطين ينقض الاول (هذا)

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع

هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه اذن له بالعموم اولا ثم نهى عن العموم فاذن له بالخصوص او اذن له بالخصوص اولا ثم اذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان وقتا او وقتا على السواء او وقتت احدهما وقتا دون الاخرى يقضى ببينة رب المال لانه تعذر القضاء بهما معا لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت هكذا ذكر في الاصل وفي القدوري اذا اقاما البينة فان نص شهود المضارب انه اعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال وصورة توقيت البينتين قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك الفا مضاربة في بز في رمضان واقام على ذلك بينة وقال المضارب دفعت الي الفا في شوال في طعام واقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي كانت بينة المضارب اولى لان الثاني ناسخ الاول والله اعلم بالصواب *

كتاب الوديعة

الودع الترك وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الامين قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي المستحفظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة والايداع لغة تسليط الغير على حفظه اي شيء كان مالا او غير (مال)

غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة

مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعه اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو اودع الآبق او المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تودوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعدها والسنة فالنبي عليه السلام كان يودع ويستودع واجماع الامة فالصحابة ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله عليه السلام ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه *
قوله غير المغل الخائن والاغلال الخيانة **قوله** وبمن في عياله من زوجته او ولده او والديه او اجيره والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المرأة وديعتها الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها لما كان مساكنها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير يعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه وفي الفتاوى الصغرى تفسير من في عياله ان يساكن معه سواء كان في نفقته اولا والعبرة في هذا الباب للمساكنة الا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى ان الزوج اذا كان في محلة والزوجة في محلة اخرى ولا ينفق عليها (زوجها)

ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره و الوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه **قال** الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة آخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمها بحبسه عنه *

زوجها ودفع الوديعة اليها لاضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن في عياله فدفع اليه لا يضمن ولكن يشترط ان يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن في عياله بمنزلة الابن الصغير فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن وقال ابن ابي ليلى لا يضمن لانه ملك الحفظ من جهة المالك فكان له ان يملك غيره كالمستعير يعير قال العلامة حميد الدين رح معنى قوله فان حفظها بغيرهم اذا كان باجر ومعنى قوله اودعها اذا كان بغير اجر وقيل معنى قوله فان حفظها بغيرهم بان استحفظ المودع الوديعة في بيته بغيره بان ترك الوديعة والغير في بيته وخرج هو بنفسه او اودعها غيرهم بان نقل الوديعة من بيته ودفعها الى اجنبي وديعة *

قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله ولا يلزم المستعير حيث له ان يعير والمأذون له ان يأذن والمكاتب له ان يكاتب لان المستعير مالك والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق فملك ان يملك غيره بخلاف المودع فانه مأمور بالحفظ والمأمور بالشيء لا يملك ان يفوض ما امر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره وان كان الناس لا يتفاوتون فيه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ذكر شمس الائمة الحلوائي رحمه الله اذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعة الى اجنبي فان امكنه ان يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن والا فلاضمان عليه ولا يصدق على ذلك الا ببينة وفي الملتقى اذا علم انه احترق داره قبل قوله وان لم يعلم لا يقبل الا ببينة * (قوله)

قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابيحنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا فى الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة فى المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التميز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده

قوله شركه ان شاء ولو هلك قبل التميز هلك من مالهما **قوله** وامكنه معنى بالقسمة اذ القسمة فيما يكال او يوزن افراز وتعيين بالاجماع ولهذا يملك كل واحد من الشريكين ان يأخذ حصة نفسه بلا رضاء وقضاء واذا كان استهلاكا من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى جانب القيام وشاركه فى المخلوط **قوله** وله انه استهلاك من كل وجه لانه ليس الاستهلاك من العباد الا هذا وهو التعييب واما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك **قوله** ولا معتبر بالقسمة جواب عن قولهما وامكنه معنى بالقسمة لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكما لها فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة **قوله** ولو ابرأ الخالط الى اخره بيان ثمرة الخلاف **قوله** ومن هذا القبيل اي من قبيل (ما)

قسه

على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة *
قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق **قال** فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم
قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه اواودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك *

ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر ولان الحنطة لا تخلوا من حبات الشعير والشعير لا يخلو من حبات الحنطة فتعذر التميز حقيقة وتعذر التميز حكما ايضا بالقسمة لاختلاف الجنس لان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير *
قوله على ما مر في الرضاع وهو قوله واذا اختلط لبن امرأتين الى قوله وقال محمد رحمه الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس **قوله** ضمن الجميع اي بعضه بالانفاق وبعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقا وخلافا وهذا لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه نعم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا في الخلط وعند مالك والشافعي رحمهما الله اذا انفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فيجب الغرامة **قوله** ولنا ان الامر (باق)

قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع اولان المودع يتفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لايعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لايملك عزل نفسه بغير محضر منه

باق لاطلاقه وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ماقبل الخلاف ومابعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما وضع لابطاله او بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع ولاينافيه ولهذا اصح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه وقول الشافعي رحمه الله لان عقد الوديعة قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثر ارتفاع العقد في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان *

قوله بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق لان العقد باق اذ الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله اما الجحود فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فالجحود فيها رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلوة لايكفر

قوله ولو جحد عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله بان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة **قوله** خلافا لزفر رحمه الله انما قيد (باختلاهما)

اوطلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته **قال** وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا *

باختلافهما فحسب مع ان عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحمهم الله لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لا في غيره *

قوله اوطلبه يعني اذا طلب المودع الوديعة فكانه عزله عن الحفظ ولم يوجد الطلب هنا ولا ينفرد هو بالعزل **قوله** وان كان لها حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال وبيانه في لفظ الاصل ماله مؤنة في الحمل كذا في المغرب هذا اذا كان الطريق آمنا بان لا يقصده احد فاما لو قصده يمكنه دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها **قوله** وصار كالاستحفاظ باجر بان استاجر رجلا ليحفظ متاعه شهرا بدرهم فسافر بالمال يضمن **قوله** والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم جواب عن قول الشافعي رح **قوله** لانه عقد معاوضة لانه بالاجارة اشترى منافعه فالحفظ انما يتم بمنافع المالك فيلزمه المقام مع المالك ليمكنه التسليم كما وجب عليه لان الداخل تحت العقد المنافع في المصر فاذا خرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير داخلة فضمن وهنا انما يحفظ على سبيل المعونة فلا يحجر به هذا اذا لم يعين صاحب الوديعة المصر (للحفظ)

قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك

للحفظ فيه بل اطلق الحفظ اطلاقا فان عين المالك عليه الحفظ في المصر فسافر فان كان سفرا له منه بد ضمن وان كان سفرا لابد له منه فان امكنه الحفظ في المصر مع السفر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن *

قوله وهو المراد بالمذكور في المختصر وهو قوله واذا اودع رجلان عند رجل وديعة وانما ذكر هذا احترازا عن قول بعض المشائخ حيث قالوا الاختلاف في ما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سوآء وفي المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي هميانا فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الهميان وذهب به ثم خرج الآخر وطالبه بالهميان ولعلهما تواطيا على ذلك فتحير الحمامي فقيل له فصل هذا الامر عند ابي حنيفة رحمه الله فذهب اليه وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته الى صاحبك ولكن قل لا ادفعه اليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** ولهذا كان له ان يأخذ اي المودع الحاضر اذا ظفر به وهذا لان يد المودع كيد المودع ولو كان في يد المودع له ان يأخذ فكذا اذا كان في يد نائبه **قوله** ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع فانهما قالا لو اخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المقبوض فثبت ان القسمة ليست بنافذة *

(قوله)

لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضي بامثالها قوله له ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قال** وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه المودع عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته

قوله لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون **قوله** وعليه الف لغيره الى آخره صورته اذا كان لرجل الف درهم وديعة عند انسان وللآخر على الرجل المودع الف درهم فلصاحب الدين وهو الغريم ان يأخذ تلك الوديعة من يد المودع ان ظفر بها وان لم يكن للمودع ان يدفع الالف الى غريمه **قوله** وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اي اذا رهن شيئا مما لا يقسم عند رجلين فلكل واحد من المرتهنين ان يحفظ الرهن باذن الآخر وكذا اذا وكل وكيلين بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان يحفظ الثمن باذن الآخر **قوله** لان الفعل اي فعل الاستحفاظ *

(قوله)

وهو محمل الاول لانه لايمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغوا وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يوتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبروان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة الايتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولوكان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط *

قوله وهو محمل الاول اي فرواية الجامع الصغير بقوله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقا فانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة شيئا خفيفا يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الى عياله ضمن وذكر في المغني واذا دفع الرجل الى غيره وديعة وقال له لاتدفعها الى امرأتك فاني اتهمها اوقال الى ابنك اوقال الى عبدك وما اشبه ذلك فدفع اليه فان كان لايجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد منه بدا فهو ضامن المودع اذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا ان لم يكن له موضع آخر احرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر احرز من الحانوت فهو ضامن اذا كان قادرا على الحمل **قوله** فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لان البيتين قد يتفاوتان في الحرز بان يكون ظهر احدهما الى السكة فيتمكن السارق من الاخذ منه مالا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن **قوله** لا يتفاوتان في الحرز كما اذا قال له احفظها في هذا الجانب من البيت فحفظها في الجانب الآخر اوقال احفظها في هذا الصندوق فحفظها في صندوق آخر *

(قوله)

قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يؤجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره *

قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييباً لقلبهما نفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة

قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني قلنا رب المال لو قال اذنت لك ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثاني وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثاني مودعا منفردا في حق نفسه لانه لما لم يصر نفس الايداع خيانة بل صار داخلا في ولايته حال حضرته حصلت الوديعة في يد الثاني امانة فلا يضمن بالامساك **قوله** صحيحة اي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله *

وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه نفذ قضاءه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال وينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه الاطناب والله اعلم *

قوله وان نكل اعني للثاني اي بعد ما حلف للاول **قوله** ولا يقضى بالنكول لان من حجة الآخر ان يقول لو بدأت لي بالاستحلاف لكان ينكل ايضا **قوله** اما النكول انما يصير حجة عند القضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء **قوله** فينكشف وجه القضاء بانه يقضى بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء **قوله** لانه اي لان المودع المنكر بذله اي عند ابي حنيفة رحمه الله او باقراره اي عندهما **قوله** وذلك حجة في حقه اي في حق المودع المنكر **قوله** بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع (با)

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك

بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله اذا اقر بالوديعة لزيد ثم قال لا بل اودعنيه فلان آخر قضي للاول لان الثاني رجوع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رح لانه مقر بلزوم الحفظ للثاني ثم عرضه للتلف باقراره وعند ابي يوسف رح لا يضمن لان القبض كان باذن والدفع باكراه القاضي ووجه البناء على هذه المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للمقر له الثاني عند محمد رح ينبغي ان يحلفه للثاني وان استحقه الاول في مسئلة الكتاب عند محمد لان فائدة الحلف النكول وهو الاقرار والاقرار للثاني مفيد للضمان له وعند ابي يوسف رح لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلا فائدة للتحليف والله اعلم *

كتاب العارية

في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي المغرب العارية فَعْلِيه منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب او العري خطاء وفي المبسوط وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين ولا يعود النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة وانما يعود النوبة اليه في مثلها *

قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل (١)

فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لاتفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلاتكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا *

الاعارة بالنهي ولوكانت تمليكا لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولايملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض وبغير عوض كالموهوب له *

قوله فان العارية من العرية وهي العطية هذا يخالف ما ذكر في المغرب الا ان يريد به المشاركة في اكثر الحروف ولهذا تنعقد بلفظة التمليك بان من قال لغيره ملكتك منافع هذا العين شهرا كانت اعارة **قوله** ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك الى آخره جواب عن قول الكرخي **قوله** والجامع دفع الحاجة فان قلت الحاجة تندفع بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير ايضا **قوله** وعند ذلك اي عند الانتفاع بالعارية **قوله** والنهي منع عن التحصيل اي رجوع عن تمليك المنافع والرجوع منه قبل اتصال الملك به يصح **قوله** لدفع زيادة الضرر اي لايملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة ما وضعت في الشرع الالازمة وفي ذلك سد باب الاسترداد فيتضرر به المعير **قوله** واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه اي بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها اطلاقا لاسم المحل على الحال **قوله** لانهما لتمليك العين لان معنى قوله منحتك اعطيتك والمنحة والمنيحة الشاة او الناقة الممنوحة من المنح هو ان يعطى الرجل الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر (١)

قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير ان يرجع فى العارية متى شاء لقوله عليه الصلوة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع منه

استعماله حتى قيل في كل ما اعطي منح ويقال حمل الامير فلانا ويراد به التمليك وفى الكافي للعلامة النسفي رح وقوله فى البداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا مشكل من وجوه احدها انه قال اذا لم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك وثانيها انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثالثها انهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلانية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة وفى المستصفى شرح النافع قلنا جاز ان يكونا لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازا والى هذا قال صاحب الهداية في كتاب العارية فيكون التقدير اذا لم يرد به الهبة واراد به العارية ويحتمل ان يكونا لتمليك المنفعة حقيقة ولتمليك العين مجازا واليه اشار فخر الاسلام رح في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة ويكون قوله اذا لم يرد به الهبة للتاكيد ويحتمل ان يكون المعنيان حقيقيا لهما وانما يرجح احدهما لانه ادنى الامرين فيحمل عليه للتيقن به *

قوله المنحة مردودة المنحة نوع من العارية وهي ان يعطي الرجل شاة اوناقة او بقرة ليشرب لبنها ثم يرد الشاة او غيرها الى المالك وقوله مردودة اي مستحقة الرد والمستحق (بجهة)

قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لاينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

بجهة كالمصروف اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة *

قوله والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن سواء هلكت من استعماله اولا من استعماله وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا في حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول الله عليه السلام دروعا من صفوان فقال له اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة مؤداة وكتب في عهد بني نجران وما يعار الرسل فهلكت في ايديهم فضمانها على رسلي وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق في موضع ياخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية لان المستعير ياخذه لينتفع به لا ليكون نائبا عن المعير فيه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه انه قبض العين للانتفاع بها باذن صحيح فلا يكون مضمونة عليه كالمستأجر وتاثيره ان وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت الا ترى ان القبض في دونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض اولى اما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه السلام العارية مضمونة اي ضمان الرد بانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الجبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد وقوله مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثاني ان المراد بالعلم الاول (علم)

قسح

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه *

قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور

علم الفقه وحديث صفوان فقد قيل انه اخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله اغصبا يا محمد الا انه كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا لكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد به ضمان العين وقيل كان هذا من رسول الله عليه السلام اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ما ذكره في المنتقي ولكن صفوان يومئذ كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لانه يقال هلك في يده اذا كان بغير صنعه وعلى يده اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى يرد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين *

قوله وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب بان ضمان الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته **قوله** ولانا لو صححناه (لا)

بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه

لا يقع الا لازما فان قيل كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة لانه مالك للمنفعة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة قلنا لو ملك المستعير الاجارة كان من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك *

قوله بخلاف ما اذا علم يعني اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور **قوله** وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة **قوله** وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل هذا جواب لسوال مقدر وهو ان يقال ان العارية لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك **قوله** دفعا لمزيد الضرر عن المعير يعني يحتمل ان يكون فعل الثاني اضر وهو لم يرض بذلك **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقا اي ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع وهو على اربعة وهذه القسمة على هذه الاوجه الاربعة ضرورية لان الشيئين وهما الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقت والانتفاع فكانت اربعة لا محالة لانه اما ان يكون (١)

والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب *

قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض

العارية مطلقة فى الوقت والانتفاع او مقيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة او مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع او على العكس *

قوله والحنطة مثل الحنطة اي في حق الحمل على الدابة بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره فى الضرر سواء والخلاف الى الخير نحو ما اذا شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير اخف وزنا من كيل الحنطة لانها اصلب من الشعير **قوله** وله ان يركب ويركب غيره معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء اركب غيره لا انه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره **قوله** لانه لما اطلق يعني لما لم تعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عينه يتعين كما اذا عينه المالك **قوله** حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله واما على قول غيره فله ان يركبه بعد الاركاب وذكر فى الذخيرة في هذا الموضع ولكن انما يعير لغيره اذا لم يركب بنفسه اولم يلبس بنفسه اما اذا ركب اولبس بنفسه فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعير ولو اعار يضمن وهذا اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام علي البزدوي وقال بعضهم له ان يعير واذا اعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمهما الله وكذلك فى الابتداء لو اركب غيره او البس غيره ثم اراد ان يركب او يلبس بنفسه ففيه اختلاف المشائخ على نحو ما ذكرنا (و)

والقرض ادناهما فيثبت اولا ان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلدها

قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد

والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشائخ العراق وهو اختيار الفقيه ابي الليث والامام ابي بكر محمد بن فضيل رحمهما الله انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع دونها وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تمليك المنفعة والمنفعة مملوكة له فكانت الاعارة تصرفا في ملك نفسه قصدا وانما يتحقق التصرف في ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنا وضرورة ليمكن المستعير الثاني من استيفاء المنفعة المملوكة اما الايداع فتصرف في ملك الغير وهو العين قصدا فلا يملكه كذا في الاوضح *

قوله والقرض ادناهما لكونه متيقنا به ولان القرض ادناهما ضررا لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو اقل ضررا فهو الثابت يقينا **قوله** بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا الصواب ليعاير قال في المغرب وقوله استعار دراهم ليعير بها صنجاته اي ليسوي ثم قال الصواب ليعاير يقال عايرت المكائيل والموازين اذا قايستها وذلك بان يكون الدراهم موزونة بصنجة عدل ولا يوجد تلك الصنجة فاستعار هذه الدراهم ليسوي الميزان بها **قوله** او يزين بها دكانا بان استعار دراهم كثيرة بوضع على الدكان حتى يظن الناس هذا فيها ملوا معه **قوله** ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت (١)

وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رح في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رح انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل *

ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت اولم يوقت لان له نهاية معلومة

الاعارة له توقيتا قلنا قد يبني لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن ابي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمته لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع بهذا كالثوب اذا يصبغ بصبغ غيره واراد صاحب الثوب ان يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه كذا هذا قلنا صاحب الارض ما رضي به فلا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا ضرورة هنا لامكان تميز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لا يمكن ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه وله ان يأتي التزام القيمة ايضا حتى يباع الثوب فكذا هنا لا يلزمه بدون رضاه *

قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وانا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين فيرجع بثمانية دنانير فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع الا ترى انه لو استحق الموهوب بعد هلاكه ضمن الموهوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعير مع ذلك لابد من ان يكون لذكر الوقت فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبله فصار تقدير كلامه كانه قال ابن في هذه الارض (لنفسك)

وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك

قال اجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المواجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه

قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه *

لنفسك علي ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كانه بنى له بامره *

قوله وفي الترك مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا ولا يفوت زراع الارض ليعتدل النظر من الجانبين كما في الاجارة والزرع لم يدرك بعد فانه ثمه يترك الارض باجر مراعاة للجانبين كذا ههنا **قوله** لانه ليس له نهاية معلومة فيكون ضررا في الجانبين فيرجح صاحب الاصل **قوله** لان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده لانه يتوصل به الى ملك الاجر اكثر ما فيه لان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الاجر اقوى لانه مالك للعين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين **قوله** ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالاحسان (قوله)

قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ رح وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة *

قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب *

قوله ودلت المسئلة الى آخره لانه لما وضعها في يد اجنبي للرد يكون وديعة فعلم انه لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن **قوله** واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة يعني ان المشائخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع اولوا هذه المسئلة وهي قوله وان ردها مع اجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعيرا بسبب انقضاء مدة الاستعارة حيث دفع الى آخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الايداع للمستعير اذا كان قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق والله اعلم * (كتاب)

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لايجوز الهبة الامقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح

كتاب الهبة

هي التبرع لما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه سأله وتمليك العين بلا عوض شريعة واهلها اهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لاينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لايهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدوره وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها ان يكون الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها لقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله اوردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية فان رد عين الكلام لايتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان **قوله** لان الجواز بدونه ثابت اي بالاجماع **قوله** وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم لانه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع (١)

بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه

التبرعات بخلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال انه لما وهب فقد التزم التسليم فيلزمه التسليم بالتزامه كما اذا شرع في النفل لانا نقول حق المالك في العين ملك مال و ملك يد فان ملك اليد مقصود تضمن بالغصب كما يضمن الاصل الا ترى ان المدبر تضمن بالغصب وما ازال بالغصب الا يده وكذلك يعتاض على ازالة اليد بعقد الكتابة وليس فيها الا ازالة اليد ولما كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه لم يلزم من التزام احدهما التزام الآخر بخلاف الشروع في النفل فان المؤدي صار واجب الصيانة وذلك بالاتمام فوجب * **قوله** بخلاف الوصية وجه الايراد ان هذا عقد هبة فيوجب الملك قبل القبض قياسا على الهبة بعد الموت وهي الوصية بل اولى اذ الوصية هبة معلقة بالموت وهذه مرسلة وهي اقوى والجواب عنه ان الوصية تمليك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئا لم يتبرع به ولا ضمانا **قوله** وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها جواب سوال مقدر وهو ان يقال انعدم اهلية اللزوم للموصي بالموت فوارثه يخلفه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصى له الى وقت تسليم الوارث الموصى به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك في الوصية ينبغي ان يكون كذلك فاجاب بان الوارث اجنبي عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبي فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له في الموصى به قبل القبض فلم يكن الزام التسليم عليه الزاما على المتبرع (قوله)

ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح *

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك

قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك اي مقصود الواهب من الايجاب اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحقيقا لمقصوده فان قيل الايجاب لو كان تسليطا على القبض في المجلس لما صح الامر بالقبض بعده قلنا انما لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ما وراء المجلس فاما في الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالمتبرع حتى يحنث في يمينه لا يهب اما في حق الموهوب له لا يتم الا بالقبول فاذا وجد الايجاب والقبول جاز ان يتوقف على ما وراء المجلس ليوجد شرطه وهو القبض **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض الاترى ان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض واقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت بالقبض ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة يرتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا مع القبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصا لانه ثابت من كل وجه فيبقى في المجلس وبعده **وقوله** قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل (هذا)

واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته * ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى اوكسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى اوسكنى هبة فهي عارية

هذا خاطب به النبي صلعم بشيرا والد النعمان وهو ما روى النعمان بن بشير رضي الله عنه قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله عليه السلام فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال الكل ولدك سواء فقال نعم فقال اكل اولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور *

قوله واعمرتك هذا الشيء اي جعلت لك هذا الشيء مدة عمرك فاذا مت انت فهو لي يقال اعمره الدار قال له هي لك عمرك ومنه امسكوا عليكم اموالكم لا يعمروها فمن اعمر شيئا فهو له ومنه العمرى **قوله** فهي للمعمر له ولورثته اي لورثة المعمر له من بعد المعمر له يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع **قوله** لان الحمل هو الاركاب حقيقة فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد سبق في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين لانا نقول حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك **قوله** لما روينا من قبل اراد به ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة **قوله** ولو قال داري لك هبة بنصب هبة وكذلك او سكنى هبة بنصبهما *

(قوله)

لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكني او نحلي سكني او سكني صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكني لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره

قوله لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة يحتملها لانه يحتمل هبة المنفعة كان من حقه ان يقول لان السكنى محكم في تمليك المنفعة فلعله توهم ان المذكور قبله هبة عارية او عارية هبة فعلل بذلك اولان قوله سكنى عارية فذكر العارية في التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله لان العارية محكم في تمليك المنفعة وذلك لان لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان اول كلامه محتملا تمليك السكنى وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة لانه لا يحتمل تمليك الرقبة او انه خرج تفسيرا الاول الكلام فيتغير به حكم اول الكلام فصار المحكم قاضيا على المحتمل فكانه قال لك سكنى داري فيكون عارية **قوله** لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير لان قوله تسكنها فعل وانه لا يصلح تفسيرا للمذكور سابقا ولكنه مشورة اشار به عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله او هذا الثوب لك تلبسه **قوله** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة يعني بالمحوز ان يكون مفرغا عن املاك الواهب وحقوقه وقد احترز به عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل او وهب الزرع في الارض دون الارض لان الموهوب ليس بمحوز اي ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا جاز وقبض التمر الموهوب على النخيل وكان التمر مشتركا بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعني به ما لا يحتمل القسمة اي لا يبقى منتفعا (بعد)

كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لايبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لايقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة

بعد القسمة اصلا كعبد واحد ودابة واحدة اولايبقى منتفعا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير ويعني بما يقسم ان يبقى منتفعا في الحالين قبل القسمة وبعدها وفي الذخيرة وذكر الامام الزاهد احمد الطواويسي رح اذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدالية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بمنزلة هبة مشاع لايحتمل القسمة وذكر اصلا فقال كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته فانه لايحتمل القسمة واذا لم يوجب التبعيض نقصانا في ماليته فهو مما يحتمل القسمة خرج على هذا هبة بعض العدالية لان التبعيض يضره وكذلك الدينار الصحيح اذا كان يضره التبعيض يجوز هبة بعضه * **قوله** كالبيع بانواعه اراد بانواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لايمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع **قوله** كالقرض والوصية فصورة قرض المشاع انه لودفع الف درهم مثلا الى آخره على ان يكون نصفه قرضا عليه ونصفه بضاعة اويعمل في النصف الآخر بشركته فانه يجوز مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ولايشترط القسمة فيه **قوله** ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة وهو قوله عليه السلام لايجوز الهبة الامقبوضة فيشترط كماله كاستقبال القبلة في الصلوة لما كان منصوصا عليه يشترط كماله حتى لواستقبل الحطيم لم يجز لانه بيت من وجه دون وجه والمشاع لايقبل القبض الا بضم غير الموهوب اليه والحاصل تبعا لغيره يكون انقص من الحاصل مقصودا بنفسه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لايكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لايثبت الكمال ثم القبض من الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان (القسمة)

ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز

القسمة بجميع الاجزاء المتفرقة وما لم يجتمع لا يصير محوزة على الحقيقة في يده الا بغيره وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لما هو له لان ما للغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا الا بغيره فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك * **قوله** ولهذا امتنع جوازه قبل القبض اي امتنع ثبوت حكمه وهو الملك **قوله** والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة هذا جواب لشبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة وهي انه يستوجب به المهاياة وان لم يلزمه مؤنة قسمة العين فيما لا يقسم فاجاب بان المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما يتبرع به ولا يرد على هذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة ههنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا يرى ان شرى القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشرى وبه فارق البيع فانه عقد الضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة **قوله** فالقبض فيها غير منصوص عليه اي في هذه البيوع حتى يراعي وجوده على اكمل الجهات وقوله عليه السلام يدا بيد بيان التعين الا ان التعين في الثمن يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك في الهبة فان التنصيص على القبض فيها ليقع صحيحا فافترقا **قوله** والقرض تبرع (من)

لان الحكم يدار على نفس الشيوع **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع **قال** ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع

من وجه عقد ضمان من وجه حتى كان المستقرض مضمونا بالمثل فلا يتعداه ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده على اكمل الجهات ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان *

قوله لان الحكم يدار على نفس الشيوع وهذا لان القبض في الهبة لا يتم في الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاه الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط لا تمام العقد فانما يعتبر ثبوتا فيما اثبتنا وله العقد دون غيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوع انما يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة على تسليم ما آجر به ولا شيوع مع الشريك لان الكل يحدث على ملكه فاما الشيوع فيمنع صحة الهبة لمعنيين ايجاب ضمان القسمة على المتبرع وكون القبض ناقصا بسبب الشيوع والكمال شرط في قبضه لانه منصوص عليه فههنا ان لم يوجد احد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر **قوله** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت حكما وهو الملك وان اتصل به القبض مشاعا ويكون مضمونا على الموهوب له اذا قبض وذكر عصام انها يفيد الملك وبه اخذ بعض المشائخ **قوله** لان الموهوب معدوم لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان لغوا غاية (ما)

لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد د فيه قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه

غاية ما في الباب ان الدهن يحصل بالسمسم والعصر الا ان العصر آخرهما وجودا فيضاف الوجود اليه كزراعة الحنطة يضاف الى الزراع وان لم يكن بد من الحنطة والارض فان قيل الدهن لما لم يكن موجودا في السمسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقا ولا يشترط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم قلنا حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه آخر المذكورين الا انه لابد لوجود الدهن من وجود السمسم لامحالة فثبت شبهة قيامه بالسمسم قبل العصر والشبهة كالحقيقة في باب الربوا ولكن لايكفي لصحة الهبة *

قوله لان امتناع الجواز للاتصال اي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل وذلك يمنع القبض كالشائع **قوله** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر واذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بيانه هو ان الشيء اذا كان مغصوبا في يده او مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جائزا لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له ايضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشيء وديعة في يده او عارية فوهبه مالكه من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت وديعة عنده او عارية فباعه منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لاينوب عن قبض الضمان وذكر ابونصر في شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لاينوب عن القبض الواجب بالهبة ولا بد من قبض جديد وهو ان يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها لان العين وان كانت في يده لكنها مضمونة بغيرها الا ان هذا الضمان لا يصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم (يكن)

قعب

واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب من قبض الهبة ولافرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائرين بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز

يكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بد من تجديد القبض بخلاف المضمون بقيمته او مثلها حيث تصح البراءة عنه الا يرى انه لو برأ الغاصب من ضمان الغصب جاز فصارت الهبة براءة من الضمان فيبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة به *

قوله واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ولافرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا الولده باليد التي هي قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التمليك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه **قوله** بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا الى آخره يعني اذا كان مال الاب مغصوبا او كذا او كذا لم يتم الهبة بالعقد لانه في يد غيره في الرهن والغصب او في ملك غيره في البيع الفاسد فان قيل ينبغي ان لا يتم الهبة اذا كان في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض وكون هذا القبض حكميا وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كاف لاتمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فان قبضه في ضمن الكل والضمني كان لم يكن **قوله** والصدقة في هذا مثل الهبة اي في حكم نيابة القبض من قبض الصدقة كما اذا تصدق على فقير بشيء في يده وعلى ابنه الصغير **قوله** وكذلك كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي اي اذا وهب الصغير من يعوله شيئا فهو كما اذا وهب الاب لابنه الصغير في حكم القبض (قوله)

لان لهولاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة

قوله لان لهؤلاء ولاية عليه وفي الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة اراد بتلك الاربعة الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض اولم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليست لهؤلاء ولاية التصرف في المال فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم قال وان لم يكن احد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله لانه اذا كان في عياله فله عليه ضرب ولاية الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة **قوله** وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه اي يجوز للاجنبي الذي يربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعة وفي المبسوط واذا ثبت ان للاجنبي الذي يعوله ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وابانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوي ان كان الصبي يعقل اولا يعقل ثم قال وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل القبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف ههنا والجواب انه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير ينفي ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف ولا يظهر عند ظهور الاصل **قوله** وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا (و)

يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب اوغيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة **قال** واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة

واما جواب القياس وهو قول الشافعي رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر بفعله قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحة اسلامه واعتبره في وصيته او اختياره احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره *

قوله يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف الى آخره جواب عن ان يقال الولاية للاب عليها فلا يجوز قبض الزوج فاجاب بان الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفت الى بيته وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولو قبض الاب ايضا صح لبقاء ولايته وان قبضت بنفسها جاز ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى صار اولى لها من ابيها **قوله** بخلاف ما قبل الزفاف لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف **قوله** في الصحيح يتعلق بقوله حيث لا يملكونه وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وانه بعيد وانما قال في الصحيح لان فيه خلافا في الخلاصة وذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان قوله في الكتاب الام انما تملك قبض الهبة للصغير اذا لم يكن للصغير اب هذا ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل الاب اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ وذكر (في)

و هو قد قبضها جملة فلا شيوع و ان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذا هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه

في فتاوى قاضي خان ولو كان الصغير في عيال الجد او الاخ او العم او الام فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضرا ختلف المشائخ فيه قال بعضهم لا يجوز والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج واب الصغير حاضر *

قوله وقد قبضه جملة فلا شيوع والمؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز والفقه فيه ان الشائع محل حكم الهبة وهو الملك والشائع يقبل الملك لكن الملك موقوف على القبض الكامل وذلك لا يتحقق في الشائع فظهر اثر الشيوع في حق القبض دون العقد فصح العقد فاذا زال الشيوع وورد القبض على غير الشيوع بقي على الصحة **قوله** كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا وابو حنيفة رح يقول قبض كل واحد منهما لاقى جزء شائعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تاثير الشيوع باعتبار ان القبض لا يتم معه وذلك موجود ههنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع لان القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال فان قيل هلا علقتم الملك بالتسليم ولا شيوع فيه دون القبض فان الملك انما تعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع فوجب ان يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القابض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال لانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم * (قوله)

وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع ولهذا لو قضي دين احدهما لايسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الجامع وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو حنيفة رح مر على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض *

قوله وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع اي على اعتبار ان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف **قوله** وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم يعني لم يجوز الهبة من اثنين وجوز الصدقة منهما **قوله** وفي الاصل سوي ذكر في الاصل عقيب مسئلة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند ابي حنيفة رح كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب ان يستويا في هذا ايضا اذ المفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما في الجامع الصغير ووجه الفرق مذكور في المتن وفيه وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين **قوله** ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه في الايضاح روي عن ابي يوسف رح اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها وللآخر نصفها فهو جائز لان هذا يصلح ان يكون تفسيرا للحكم الواقع بالهبة فجعل مجازا عنه (فلم)

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له

فلم يعتبر ذلك شيوعا في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لانه يظهر الشيوع هنا في نفس العقد وثمه في حكم العقد ثم فرق ابويوسف رحمه الله في احد الروايتين بينهما اذا نص على الابعاض متساويا ومتفاضلا والفرق ان حالة التفصيل متى كانت لا يخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت يخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل (لان كلام العاقل لفائدته لا لعبثه) فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التنصيف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلا بد من اعتباره واذا اعتبر يتفرق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل ثمه يخالف حالة الاجمال في الوجهين لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان التفصيل متساويا او متفاضلا *

باب الرجوع في الهبة

قوله قال واذا وهب هبة لاجنبي احترز بالاجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم في حكم الاجنبي فله الرجوع فيها اي بالتراضي اوبقضاء القاضي اذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده اغنى عن ذكر القيود *

قوله بخلاف هبة الوالد لولده على اصله فان من اصل الشافعي ان للاب في مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب ان يتزوج امة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه السلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام انت ومالك (لا)

ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباحه

لابيك وهذا بظاهره يوجب حقيقة الملك في مال ابنه ثم هو وان لم يثبت الحقيقة فلا اقل من ان يثبت الحق فلا يجوز له ان يتزوج امته لذلك كما لا يجوز للمولى ان يتزوج امة مكاتبه *

قوله ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبة ما لم يثب منها ولا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وهذا يقتضى ان يكون غيره فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله **قوله** والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع يعنى الواهب لا يستبد بالرجوع في هبته بل لا بد من القضاء او الرضاء الا الوالد فانه يستبد بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه وذلك قد يسمى رجوعا فى الهبة مجازا كما روي ان عمر رضي الله عنه حمل واحدا على فرس في سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فنهاه رسول الله عليه السلام عن ذلك وقال لا تعد في هبتك مع ان الشراء لا يكون رجوعا حقيقة او المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروة لقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك فى الديانة والمروة وان كان جائزا فى الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا نقول لا يليق بالمروة الرجوع ويكره الا ترى الى قوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه مستقبح *

(قوله)

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه منها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد*

قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه **قال** وتخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه*

قال فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها

قوله ثم للرجوع موانع هي سبعة احدها قبض العوض وثانيها الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت الزيادة من سعر فله ان يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب وانما هي زيادة رغبة الناس فيه والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع وثالثها موت احد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب لامراة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامرانه هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب له ويجمع الكل دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب **قوله** فان وهب لآخر ارضا بيضاء الزيادة في الارض قد لا تعد زيادة وقد تكون زيادة في الكل بان ازدادت بها قيمة الكل وقد تعد زيادة في قطعة منها اما اذا بنى دكانا يعد ذلك زيادة في الدار لان الزيادة في جانب الدار يوجب زيادة في كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار كما اذا كان في احدى عيني الجارية بياض فزال البياض فالزيادة في عينها يكون زيادة في كل الجارية وان كانت في موضع خاص كذا هذا الآري المعلف عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل يشد فيها الدابة في مجلسها فاعول من تارى بالمكان اذا قام فيه كذا في المغرب (قوله)

قعد

فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها **قال** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع **قال** واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تودي معنى واحدا

قوله فليس له ان يرجع في شيء منها فان ترافعا الامر الى القاضي لم يقض لمكان الزيادة ثم ان الموهوب له هدم الزيادة وقلع الشجر وعادت كما كان للواهب ان يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبدا على انه بالخيار ثلثة ايام فحُمّ العبد في الايام الثلثة فخاصمه في الرد وابطل القاضي حق المشتري لمكان الحمى ثم زال الحمى قبل مضي ثلثة ايام ليس له ان يرد والفرق ان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال اسقطت او ابطلت لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا انه امتنع لمانع فاذا زال فله الرجوع فاما حق المشتري فيحتمل السقوط بقوله اسقطت فكذا باسقاط القاضي كذا ذكره الخبازي رح وذكر صاحب النهاية فيه رجل وهب لرجل وصيفا فشبت عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب ان يرجع فيه وقيمته الساعة اقل من قيمته حين وهبه فليس له ان يرجع فيه لانه زاد من وجه وانتقص من وجه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك **قوله** واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك وصورة التعويض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك او جزاء هبتك او ثواب هبتك او بدل هبتك اما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في هبته وفي المبسوط وسواء (كان)

وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
لانه لم يسلم له مايقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة الا ان يرد مابقي ثم يرجع

كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة اومن غير جنسها لان هذه ليست بمعاوضة محضة
فلا يتحقق فيها الربوا وانما تاثير العوض في قطع الحق فى الرجوع لتحصيل المقصود ولافرق
في ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضي به الواهب ويشترط شرائط الهبة
فى العوض من القبض والافراز لانه تبرع وينبغي ان يكون من غير الموهوب اما اذا عوض
شيئا من الموهوب عوض الموهوب لايجوز وفى المبسوط وان كانت الهبة الف درهم والعوض
درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع فى الهبة وكذلك
ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر ان هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له
تم فى الموهوب بالقبض فالتحق المقبوض بسائر امواله وكما يصلح سائر امواله عوضا عن الهبة
قل ذلك او كثر فكذلك هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا
انه بهبته الف درهم له ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالما له *
قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض بين الحكم فى التبرع ليثبت الحكم
فيما اذا عوضه بامر الموهوب له بالطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه
قوله كبدل الخلع وبيانه ان التعويض فى الهبة يفيد الموهوب له بسقوط حق الرجوع وهذا
السقوط ليس بشيء فيصح العوض من الاجنبي كالخلع فان المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط
ملك الزوج عنها وقد جاز البدل على الاجنبي بخلاف الثمن في باب البيع لان المشتري
يسلم له المبيع فلا يجوز وجوب الثمن على الاجنبي ابتداء بمقابلة سلامة المبيع له وكذلك الصلح
عن انكار لما لم يسلم للمصالح الا سقوط حق الخصومة يجوز ان يجب بدل الصلح على الاجنبي
ابتداء بدون ان يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكذلك الصلح عن
دين سواء كان باقرار او بانكار وفى المبسوط قال كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من (دينه)

وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل فى الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده **قال** وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع الواهب فى النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف **قال** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون

دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله *

قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اي بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه يرجع بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله ولنا ان الباقي يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فان قيل في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة واما فى الاستحقاق فهو قد جعل تمليك الكل عوضا من جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز ان يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع قلنا هذا التقسيم فى المبادلات لان البعض ينقسم على البعض ليتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له ان يرجع في شئ من الهبة مع سلامة جزء من العوض وذكر فى الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض شرطا لانها يتم تبعا ومبادلة فيوزع البدل على المبدل فاما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت فلا يبطل شئ من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة **قوله** لانه اي لان الرجوع (مختلف)

وهذا دوام عليه الا ان بمنعه بعد طلبه لانه تعدٍّ واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع

مختلف بين العلماء فمنهم من رأى ومنهم من ابى وفي اصله اي اصل الرجوع وها اي ضعف وفي المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهى الحبل يهي وهيا اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز ان يكون مراده الثواب والتحية وعلى هذا لا يرجع لحصول مقصوده ومن الجائز ان يكون مراده العوض وعلى هذا يرجع فلابد من الفصل بالرضا او بالقضاء ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض *

قوله وهذا دوام عليه اي القبض المحقق دوام ذلك القبض الذي لم ينعقد سببا للضمان **قوله** حتى لا يشترط قبض الواهب يعني لو كان كالهبة ابتداء لكان القبض شرطا كما في الهبة المبتدأ ولما صح الرجوع في النصف للشيوع **قوله** فيظهر على الاطلاق اي الفسخ يظهر على الاطلاق حالتي القضاء والرضاء لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهذا لان حق الواهب في الرجوع مقصود على العين وفي مثله القضاء وغيره سواء كالاخذ بالشفعة بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا في حق الثالث لان المشتري لا حق له في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له ان لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضاء **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اي بعد قبض المشتري اما قبل القبض ففسخ من الاصل **قوله** لان الحق هنالك في وصف السلامة يعني ان في فصل الرجوع (في)

فلا تستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره **قال** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معني البيع وهو التمليك بعوض

في الهبة هما يفعلان عين ما يفعله القاضي فيكون فسخا وفي الرد بالعيب القاضي يلزم على الخصم اولا تسليم وصف السلامة فاذا اعجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلا مثل فعل القاضي فلهذا لم يصر فسخا بل يكون بمنزلة البيع ابتداء *

قوله فلا يستحق فيه السلامة لانه لم يلزم السلامة لا صريحا ولا دلالة اما صريحا فظاهر واما دلالة فلان دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البدل له وهذا المعنى معدوم هنا **قوله** وهو غير عامل له احتراز عن المودع اذا اهلكت الوديعة في يده واستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ وعن المضارب اذا اشترى شيئا بمال المضاربة ثم استحق رأس المال وضمنه المستحق فان المضارب يرجع بالثمن على رب المال لانه عامل له اما الموهوب له فغير عامل للواهب فلا يرجع عليه **قوله** والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع كما في ولد المغرور فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وان لم يوجد المعاوضة في الولد ولم يعمل للبائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة فيصلح سببا للضمان لان المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه جاز ان يكون سببا للضمان لان المتضمن له حكم المتضمن ولا كذلك هنا فان الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة **قوله** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين الى آخره ذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا الذي ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على واما لو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا او بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع **قوله** لانه هبة ابتداء فان قيل لم لم يعكس الامر قلنا لان الهبة انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العقد (فعند)

والعبرة فى العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لايمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه *

فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا فى المبسوط * **قوله** والعبرة فى العقود للمعاني الاترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وانه لو وهب بنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأته لنفسها يكون طلاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد واختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود **قوله** وقد امكن جواب لان يقال لا يمكن الجمع هنا لتحقق المنافاة بين العقدين فان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافى اللازمين مستلزم لتنافى الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما فى البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد يقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا انتهاء فلم لا يجوز وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لايمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لانه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لايملك غيره مالا فكيف يملك لنفسه والله اعلم بالصواب *

(فصل)

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة و بطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد و الهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم فى النكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك

فصل

قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد الاصل ان ما لا يصح افرازه بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والهبة لا يعمل فى الحمل لكونه جزء منها حقيقة وحكما ولهذا يتحرك بتحركها ويسكن بسكونها وهو متصل بها اتصال خلقة ويدخل في بيعها واعتاقها ووصيتها بدون الذكر فلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء فى الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليل المستبتع قائم ولان الاستثناء تصرف فى اللفظ فلا يعمل الا فى الملفوظ والحمل بمنزلة جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ واذا لم يكن تصحيحه استثناء يبقى شرطا فاسدا لانه على خلاف مقتضى العقد لان العقد يقتضي دخول جميع الاوصاف وهذا يقتضي خلافه قوله وهذا هو الحكم فى النكاح الى آخره بان تزوج امرأة على جارية واستثنى حملها يبطل الاستثناء وتصير الجارية مع الحمل مهرا وكذلك اذا جعل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى حملها لا يصح الاستثناء ويصير الحمل والجارية بدل الخلع قوله ولو اعتق ما في بطنها (ثم)

فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي ع م اجاز العمرى

ثم وهبها جازت لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ووجه المشابهة ان في صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب فكذا في استثناء الحمل لان الحمل لا يبقى ايضا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب وهو في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة شيء مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق مزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب ارضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة يتم كذا هنا وفى الكافي وشبه الاعتاق بالاستثناء فى الهداية من حيث ان الهبة تصح فى الامة كما في فصل الاستثناء ونفي التشبيه في فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح فى الامة لان تدبير الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفى الايضاح والمعنى فيه ان الملك في باب الهبة متعلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما الشروط تؤثر فى العقود الشرعية لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما فعلى هذا كان ينبغي ان لا يفسد الرهن لان حكمه يتوقف على القبض والفرق ان القبض في باب الرهن اعتبر حكما للرهن فان حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر فى العقد واما في باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض في حكم ركن العلة في باب الهبة والفساد لا يؤثر فى الركن فلغا الشرط واعلم ان استثناء ما فى البطن تنسقم ثلاثه اقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفي قسم لا يجوز اصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية * (قوله)

وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل فی المعاوضات دون التبرعات **قال** ومن له على اخر الف درهم فقال اذاجاء غد فهي لک اوانت منها بري او قال اذا اديت الي ننصف فلک نصفه اوانت بري من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليک من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه کان تمليکا وصف من وجه ومن هذا الوجه کان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولايتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها کالطلاق والعتاق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمرله حال حيوته ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليک ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لک تمليک وقوله رقبى شرط فاسد کالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلک فهو لک واللفظ من المراقبة کانه يراقب موته وهذا تعليق التمليک بالخطر فبطل واذا لم تصح تکون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به *

قوله وابطل شرط المعمر العمرى تمليک بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمرله لان معنى العمرى ان تقول ملکتک هذه الدار مادمت حيا او عمرک فاذامت فهي لي **قوله** لان الدين مال من وجه اي بالنظر الى المآل حتى وجب فيه الزکوة ووصف من وجه اي بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لوحلف ان لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو آية التمليک ويتم بلاقبول وهي امارة الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع فی الاسقاطات المحضة والاسقاطات المحضة وهی التي يحلف بها دون ما فيه معنى التمليک **قوله** لما روينا اراد به قوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهو للمعمرله ولورثته من بعده **قوله** والرقبى باطلة عند ابی حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جايزة حاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبي مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رحمه الله (هذا)

فصل في الصدقة

قال الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوٰة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل *

هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك وكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل والله اعلم *

فصل في الصدقة

قوله لما بينا في الهبة اراد به قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة قوله وكذا اذا تصدق على غني استحسانا اي لا رجوع في الصدقة على الغني ايضا كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المقصود الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة ولكنا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك نصابا وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكوٰة بالتصدق عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع والله اعلم * (كتاب)

كتاب الاجارات

الاجارة عقد ترد على المنافع بعوض لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا تصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط

كتاب الاجارات

مباحث الاجارة لغة مذكورة فى المغرب وغيره على الاستقصاء

قوله الاجارة عقد يرد على المنافع احترز به عن بيع الاعيان **قوله** بعوض احترز عن العارية **قوله** واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح لان المعدوم ليس بمحل العقد لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا يحتمل الاضافة كالبيع **قوله** والدار اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد يظهر فى المنفعة ملكا واستحقاقا اى ثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعه فعقد الاجارة ينعقد شيئا فشيئا حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافه الى ما يثمر من نخله والطلاق المضاف الى شهر بخلاف بيع العين فان الملك فى العين فى البيع يثبت فى الحال ويتاخر الاستحقاق الى زمان نقد الثمن وعند الشافعي رحمه الله يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد واللزوم وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد وما ذهبنا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة اولى (لان)

الايجاب با لقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا و استحقاقا حال وجود المنفعة

لان جعل السبب مقام المسبب امر شائع في الشرع اما جعل المعدوم موجودا فخلاف الاصل اذالعدم مع الوجود متنافيان ولهذا اقيمت المرأة مقام ماهو المقصود من النكاح في حكم العقد واقيمت الذمة التي هي محل للمسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم وهذا لان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا في نفسه مقدور التسليم وللشارع ولاية ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولاحيوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهوالمرتد اللاحق بدار الحرب واقرب من هذا السلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم رخصة وترفيها باعتبار ثبوته في الذمة وجعل ذلك الثبوت في الذمة قائما مقام العين القائم حال العقد كذا هنا ولله تعالى ان ينصب الاحكام ولا يشرك في حكمه احدا لكنا نقول جواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة يجعل مودا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لايقبل العقد لانها عرض لايتصور بقاؤها وقتين ومالا بقاء لها كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلايكون محلا لعقد المعاوضة بل باعتبار ان عين الدار المنتفع بها اقيم مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ليرتبط الايجاب بالقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهومعنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وهذا لان اقامة السبب مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الى غير ذلك من النظائر ولا عهد لنا في الشرع ان يجعل المعدوم موجودا مع ان فيه قلب الحقيقة ولم يكن الجواز في السلم بطريق ان المسلم فيه اخذ حكم العين بل باعتبار ان الذمة التي هي محل للمسلم فيه اقيمت مقام المسلم فيه في حق جواز السلم او باعتبار ان المسلم فيه اعطي له حكم الثمن على انه يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن (تقديره)

ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة فى المعقود عليه و بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع وما جاز ان يكون ثمنا فى البيع جاز ان يكون اجرة فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان

تقديره حكما والمنافع التي تحدث فى المدة لا يتصور وجودها جملة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا الحي يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحيوة ثم للشافعي رحمه الله تعالى مسائل على هذا الاصل منها ان الاجرة يملك بنفس العقد ويستوفي للحال لانه اعطي للمنافع المعدومة حكم الموجود المملوك في صحة الاجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود والبيع المطلق يوجب الملك فى الثمن حالا ومنها اذا آجر داره شهرين فلم يسلم شهرا واراد التسليم فى الثاني لم يجبر على التسلم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى هلك احدهما فان المشتري يتخير في قبض الباقي ومنها اذا مات احد المتعاقدين لم يبطل وورثت المنافع وكذلك الموصى له بسكنى الدار اذا مات ورثت منه السكنى لانها صارت للموصى له ومنها ان المولى اذا آجر عبده سنة ثم اعتقه بقي العقد لان منافعه صارت في حكم المملوكة للمستاجر والخارجة من حكم المولى والعبد فلا يصير له بالعتق وكذا الوصي اذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ اليتيم لم يملك نقضه كما لو كان باع ماله *

قوله ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا وهو قوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا الحديث بعبارته دل على اشتراط اعلام الاجرة وبدلالته على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هي المعقود عليه في عقد الاجارة والاجرة معقود به وفي العقود الاصل هو المعقود عليه واما المعقود به فيجري مجرى التبع فلما اشترط اعلام التبع كان اشتراط اعلام المتبوع اولى فكان اشتراط اعلام المنافع ثابتا بدلالة الحديث فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام الاجرة

قوله كالاعيان نحو العبد والثياب *

(قوله)

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار

قوله فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره وهو قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجر عوض مال فكل ما هو مال وصلح عوضا صلح اجرة اما الثمن فمما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة **قوله** اذا كانت المنفعة لا يتفاوت هذا احتراز عن استيجار الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت على ما يجي بيانه في الكتاب **قوله** وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار للفتوى المتولي اذا آجر الموقوف فان كان الواقف شرط ان لا يواجر اكثر من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين اما الاجارة اكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشائخ بلخ رح لا يجوز وقال بعضهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة في ان يجوز اكثر من ثلاث سنين يرفع الى الحاكم حتى يجوزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب استاجر فلان بن فلان كذا بثلثين عقودا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة *

(قوله)

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه اوخياطة اواستاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما اويركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت

قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد *

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة و من قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي

قوله وتارة يصير معلومة بنفسه اي بنفس العقد **قوله** كما في اجير الوحد وفي بعض النسخ الاجير الواحد والاصح هو الاول في المغرب اجير الوحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه اجير المستاجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحاء يصح لانه يقال رجل وحد اي منفرد والله اعلم بالصواب *

باب الاجر متى يستحق

قوله الاجرة لا تجب بالعقد المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فان الاجرة لو كان عبدا فاعتقه المواجر قبل وجود احد معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل (لو)

في جانب المنفعة التراخي في البدل الاخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقاله وقد ابطله

لولم يكن نفس الوجوب ثابتا لما صح التعجيل من المستأجر والابراء من الموآجر قلنا انما صح ذلك نظرا الى انعقاد السبب فبالنظر الى انعقاد السبب يجب ان يكون الحكم مرتبا عليه كما في سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا ينفصي ايضا عن قول القائل ينبغي ان لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب من جهة العباد لانا نقول لا نم بانه ليس بمقتضي العقد فان العقد يقضيه كما في البيع الا انه ترك بعارض وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد ويجب تسليمه عند تسليم الدار والدابة الى المستأجر لانها عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما في انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وهذا كالسلم فانه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا هنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم اي يثبت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة المساواة ثم احد البدلين هو المنفعة لم يصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى حكم العقد فيها الى حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف المعدوم به واذا لم يملك المعقود عليه في الحال لو ملك البدل لملك بغير عوض وذا ليس بقضية المعاوضة وجواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو المنفعة ضرورة تصحيح العقد ليرتبط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد بل في حق البدل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله * (قوله)

واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا ينوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا* **قال** وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم*

قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها يعني اذا تمكن من الاستيفاء في المدة وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة اما في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة وقبضها وامسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله يجب الاجرة في الوجهين كذا في النهاية **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا وقع (مخالفا)

قال ومن استأجر خبازا ليخبز في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر **قال** ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة

مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية ففي المبسوط لو استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام القاضيخان رحمه الله ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد (ابالفضل الكرماني رحمه الله) والله اعلم بما هو الحق عنده *

قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته اي في بيت المستأجر فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند ابى حنيفة رحمه الله فلانه لم يهلك بصنعه واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وذكر القدوري في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته وقال القدوري رح لا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان لا قيمة له كذا في الذخيرة * (قوله)

فالغرف عليه اعتبارا للعرف **قال** ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لان التشريج من تمام عمله اذ لا يومن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل الشتريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ماقبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج *

قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تع *

قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس

قوله فالغرف عليه اي اخراج المرقة من القدر والى القصاع عليه وان استوجر بطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه كذا في الايضاح والمحيط والمرجع في الجميع العرف **قوله** استحق الاجرة اذا اقامه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه هذا اذا ضرب اللبن في ملك المستاجر فان ضربه في ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالعد عليه بعد التشريج كذا في نظم الزند ويستى **قوله** وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين اختلف المشائخ في قول اصحابنا كل صانع لعمله اثر في العين ان المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع (١)

وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البائع **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة

الذي بمحل العين كالنشاستج والغراء والحنوط ونحوها اما مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فاختار الاكثرون الاول وبعضهم الثاني واما القصار فان كان يقصر بالنشاستج او ببياض البيض فله حق الحبس لانه اتصل بالثوب مال قائم كما في الصبغ فاما اذا كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس لان البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلا ولكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ فيقع العمل احداثا لصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة *

قوله وغسل الثوب نظير الحمل هذا اذا لم يستعمل في الغسل شيئا **قوله** وقد احياه والاحياء الذي يتصور من العباد تخليص من اشرف على الهلاك اذ الاحياء الحقيقي من خواص الالوهية **قوله** في الوجهين اي سواء كان لعمله اثرا ولم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري برضا البائع قبل نقد الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع ههنا اما اثر عمله في العين كما في الخياطة او مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع في يد المشتري برضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة وامر بالقائها في ارضه بذرا ففعل صار قابضا **قوله** ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل يعني ان المبيع وقع في يد المشتري (بغير)

قعط

في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين *

فصـــل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين

بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع في الحبس كما في بيع العين وهذا لان المبيع في مسئلتنا اثر العمل او مال اتصل بالعين وقد وقع في يد المشتري وهو صاحب الثوب بغير رضاء البائع لان العمل الذي استوجر لاجله لا يمكنه تحقيقه الا بتحصيل الاثر متصلا بملكه فيكون مضطرا في ذلك والاضطرار يمنع ثبوت الرضاء *

قوله في محل بعينه اراد بالمحل ههنا الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز له ان يستعمل غيره كالمنفعة في محل بعينه يعني اذا استأجر غلاما بعينه لا يكون للموجر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا وصورة ما اذا شرطه على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك او بيدك **قوله** وان اطلق له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين والله اعلم بالصواب *

فصـــل

قوله فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر رح هذا اذا قلت مؤنة الباقين بموت من مات واما اذا لم ينقص المؤنة بان مات الكبار مثلا فله كل الاجر **قوله** ومراده اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم ويقل مؤنتهم بنقصان عددهم فاذا اوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما اوفى وبطل بقدر ما لم يوف * (قوله)

وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيئ بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رح لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر *

قوله وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيئ بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح له اجر الذهاب كما لو لم يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه او وجده الا انه لم يبلغه الرسالة ورجع له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استاجره للذهاب بشيئ ليس له حمل ومؤنة وقيد بالمجيئ بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجيئ بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا كان ميتا او غائبا فانه يستحق الاجر كاملا **قوله** او وسيلة اليه اي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به اي بنقل الكتاب **قوله** وقد نقضه اي نقل الكتاب اما حقيقة فظاهر واما اعتبارا فلان ترك الكتاب ثمه مفيد لانه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به او الكاتب ينتفع به فاذا رد فات ما هو المقصود بالاجارة فيكون ناقضا للعمل اعتبارا والله اعلم * (باب)

باب مايجوز من الاجارة و مايكون خلافافيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين مايعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بماوراءها دلالة *

قال و يجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق وان لم يشرط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلابد خلان فيه من غير ذكر الحقوق وقدمر فى البيوع و لايصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها ومايزرع فيها متفاوت فلابد من التعيين كيلاتقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لا نه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها اوليغرس فيها نخلا اوشجرا لانها منفعة تقصد بالاراضى *

باب مايجوز من الاجارة ومايكون خلافافيها

قوله ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين مايعمل فيها بان قال استاجرت هذا الدار او الحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى القياس ان لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع قديكون من حيث السكنى وقديكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز مالم يبين شيئامن ذلك وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نصافعلى هذاقوله للسكنى يتعلق بالحوانيت لا بالاستيجار ومعناه والحوانيت المعدة للسكنى **قوله** وله ان يعمل كل شيء اي ممالايضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الامتعه ونحوذلك **قوله** ومايزرع فيهامتفاوت لان الارض قديستأجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز وغيرها وبعضها يضر بالارض لان البعض قريب الادراك (و)

ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين * **قال** الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه * **قال** او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه * **قال** وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقطع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر **قال** ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت

والبعض بعيدة اولان البعض يضر بالارض كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ فما لم يبين شيئا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوما واعلام المعقود عليه شرط جواز الاجارة * **قوله** فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء قال ابونصر رحمه الله هذا الذي ذكره انما اراد به اذا وقع العقد على ان يركب من شاء لانه لو اطلق للركوب من غير ان يقول على ان يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان قال على ان تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استاجر ثوبا للبس يعني قال (له)

والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا **قال** وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر اواقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت اولكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضاء به وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره *

له البس من شئت ويحتمل انه اراد بقوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء انه يسمي الركوب ولم يعين الراكب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا انه اذا لم ينقض الاجارة حتى اركب رجلا او ركب هو ارتفع الفساد وتعين المراد من الاصل وصار كانه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استاجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس ولم يقل على ان يلبسه من شاء ثم لبس هو او البسه غيره *

قوله ولذي يضر بالبناء خارج كالقصارة والحدادة لايتناوله مطلق السكنى **قوله** على ماذكرناه اشارة الى قوله الا انه لايسكن حدادا ولاقصارا ولاطحانا **قوله** وان سمي نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان تقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كما اذا استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة اخرى اوليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** او اقل كالشعير والسمسم بان استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حطنة فحمل عليها عشرة اقفزة شعيرا وسمسم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون اخف على الدابة حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذه الحنطة فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها قطنا وتبنا واما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها اكثر مما يا خذ الحنطة وفي الذخيرة وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله * (قوله)

قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وما هو غير ماذون فيه والسبب الثقل

قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا آخر ضمن نصف قيمتها قيد بقوله اردف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة يطيق حملهما لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله رجلا لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا في الفتاوى وقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره او لا يردف ثم للمالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستاجرا كان او مستعيرا وان ضمن الرديف رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الرديف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي ان لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينفي الاجر عنه عند وجوب الضمان لانه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه **قوله** ولا معتبر بالثقل الثقل بوزن الكبر خلاف الخفة والثقل الحمل **قوله** كعدد الجناة في الجنايات حتى اذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطاء فمات فالدية بينهما انصافا لانه ربما يكون جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكروا عتبر عدد (١)

فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وهما للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن

الراكب وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل وهذا بخلاف ما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن المالك فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك *

قوله فانقسم عليهما مثل ان يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم على احد عشر جزأ فيضمن جزأ **قوله** وان كبح الدابة بلجامها اي ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري **قوله** لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وربما لا ينقاد الدابة الا به فيكون الاذن ثابتا منه بالعرف **قوله** كالمرور في الطريق وجه الالحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا لغيره وذلك لانه ان ابيح له الضرب ههنا انما ابيح لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الصيد بخلاف ما اذا اذن المالك فيه نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وهذا اذا ضربه ضربا يضرب مثله اما اذا لم يكن بهذه المثابة يضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت العقد لا نصا ولا عرفا الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب * (قوله)

وكذلك العارية قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد نائب المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجري على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبراء بالعود وهذا اصح *

قال ومن اكترى حمارا بسرج فنزع ذلك السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك

قوله وكذلك العارية يعني اذا استأجر دابة الى موضع معلوم وجاوزعنها ثم عاد اليها ثم هلكت يضمن **قوله** وقيل الجواب يجري على الاطلاق وهو انه يضمن في كل حال **قوله** وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال يريد به ان المالك ما امر المستأجر والمستعير بالحفظ قصدا ونصا وانما امرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت في ضمانه والغاصب لا يبرأ من الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد فان قيل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى احد هذين قلنا تردد في الماخذ وعلى من يوخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمه الله فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل انه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على المالك في الاجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة في النقل فاما يد المستأجر يد نفسه كذا في المبسوط * (قوله)

اذلا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لايسرج بمثله الحمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لايوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج

قوله اذلا فائدة في التقييد بغيره وهو الذي اكترى به ونزعه لان الذي اسرجه به مثل الذي اكترى به وهو نظير ما لو استأجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** وان كان لايسرج بمثله الحمر بان اسرج الحمار بسرج البرذون ضمن اي جميع القيمة **قوله** وهذا اولى لانه لما ضمن بالسرج الآخر مع انه من جنسه فالضمان بالاكاف مع انه من خلاف جنسه اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد رح ومن مشائخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رح لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين اي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال عن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهو الاصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف رح يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رح منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف (للسرج)

لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه

للسرج جنسا فيجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو اوكف المسرج قلنا التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف في الصورة والانتفاع المطلوب منهما اما في حق الاضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمر وبين اكاف يوكف به الحمر اقل من التفاوت بين سرج الحمر وسرج البراذين والضمان حكم يتعلق بالضرر *

قوله لانه للحمل والسرج للركوب اشارة الى المخالفة المعنوية وقوله وكذا ينبسط الى آخره اشارة الى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورة ومعنى فيضمن كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون اشق كذا هنا ايضا **قوله** اما اذا كان يضمن اي اما اذا كان تفاوت بين الطريقين يضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق الذي اخذ فيه بالسلوك اوعر او ابعد او اخوف ثم هلك المتاع يضمن **قوله** فلم يفصل اي فلم يفصل محمد رح في الجواب بناء على ان الظاهر عدم التفاوت في الطريقين اذا كانا مسلوكين *

(قوله)

غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لايجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا *

قوله لانه غاصب للارض على ما قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة الى آخره فلايكون مستوفيا ما يناوله العقد فان قيل لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغي ان يجب الاجر عليه قلنا ضرر الحنطة على الارض اقل من ضرر الرطبة فالحنطة يزرع في كل سنة والرطبة لا يزرع في كل سنة ولكنها تنمو في كل سنة الى ان يبلى اصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لايكون هو مستوفيا للمعقود عليه ثم لا بد من ايجاب نقصان الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمعان وان زرع في الارض ما هو اقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصر به غاصبا **قوله** قيل معناه القرطق الذي ذو طاق واحد القرطق قباء ذو طاق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص **قوله** وقيل هو مجري على اطلاقه لانه اطلق في الكتاب فدل ذلك على ان الحكم في الكل واحد لانهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد وستر العورة ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص **قوله** للاتحاد في اصل المنفعة وهو اللبس والستر والله اعلم بالصواب * (باب)

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا انقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة

باب الاجارة الفاسدة

قوله الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع مثل ان يستاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة يثبت على المضائقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة الا ترى ان النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط **قوله** لا يجاوز به المسمى اى الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية اما اذا كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما اذا استاجر دارا على دابة او ثوب او آجر منه دارا ليسكنها بعشرته على ان يعمرها ويؤدي نوائبها فان ثم يجب اجر المثل بالغا ما بلغ **قوله** قلنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بتلك الضرورة (في)

لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة *

قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء

في الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع للصحيح فلا يفرد له حكم ولا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها تبعا لها والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسدة مشروع باصله دون وصفه وفي تمييزه من الصحيح حرج فالحقناه به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو اجر المثل وهذا بيان ان المعتبر في الفاسد اجر المثل **قوله** ولكنهما اذا اتفقا بيان انه لا يزاد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شيء فقد اسقطا الزيادة فالاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاءة بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها *

قوله لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى *

(قوله)

فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق * قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عم احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا * قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على اناث لقوله عليه السلام

قوله فاشبه اليمين بان حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك قوله لانها هي الاصل اي لان الاهلة اصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرويته وافطروا لرويته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما وانما يصار الى البدل اذا تعذر اعتبار الاصل قوله ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام وقد كره بعض العلماء ذلك اخذا بظاهر قوله عليه السلام الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اتخاذ حمام النساء لانهن نهين عن الخروج وامرن بالقرار في البيوت واجتماعهن قلما يخلو عن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصا في ديارنا الحاجة في حقهن اظهر لمزيد احتياجهن الى الاغتسال ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض كما يتمكن الرجال قوله واعطى الحجام الاجر ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل اكل الحرام لا يحل دفعه لغيره لياكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ بما روينا * (قوله)

ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القران ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول عليه السلام الى عثمان بن ابى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما فى الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح *

قوله ان من السحت عسب التيس اي كراء عسب التيس فانه اخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبتني على نشاط الفحل ايضا **قوله** والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم اي يختص بملة الاسلام اما اذا لم يختص بها فيجوز كما اذا استأجر ذميا على تعليم التورية يجوز لان تعليمها لا يختص بملة الاسلام كذا فى الفوائد الكرماني وقوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزم ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح والقياس يأبى جواز الاستيجار على تعليم التورية ايضا الا ان يكون المراد منه انه اذا استأجر على تعليم التورية وعلمها المستأجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه **قوله** في كل ما لا يتعين على الاجير هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه حينئذ لا يجوز استيجاره بالاجماع **قوله** ولهذا يعتبر اهليته اي اهلية العامل ويعتبر نيته لا نية الآمر ولو انتقل فعل المأمور الى الآمر يشترط نية الآمر واهليته كما فى الزكوة فان ثمه يشترط نية الآمر واهليته حتى لو كان المأمور كافرا يصح اداء الزكوة لان المؤدي هو الآمر وههنا بخلافه فعلم به ان المؤدي هو المأمور *

(قوله)

وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الامن الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايي فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز *

قوله وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن وهم ائمة بلخ فانهم اختاروا قول اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين من اصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط واما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فنقول بجواز الاستيجار كيلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلعم وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر رضي الله عنه وكان ما رآه صوابا وكذا يفتي بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خيزاخزي في زماننا يجوز للامام والموذن والمعلم اخذ الاجرة كذا في الروضة **قوله** والمعصية لا يستحق بالعقد لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء شيء يكون به عاصيا شرعا كيلا يصير المعصية مضافة الى الشرع **قوله** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح اي فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل صورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركه من غير الشريك او يواجر نصف عبده او داره او دابته **قوله** وقالا اجارة المشاع جائزة وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما **قوله** ولهذا يجب اجر المثل اي عند ابي حنيفة رح في المشاع فهذا دليل على ان للمشاع منفعة اذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء كما اذا استأجر جحشا وارضا سبخة * (قوله)

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايي فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره *

قوله وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض امر حسي وهو لا يرد الا على المعين والمشاع غير معين **قوله** والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا جواب عن قولهما والتسليم ممكن بالتخلية وهو ان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التمكن والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن ثمه من البيع والاعتاق وغير ذلك **قوله** واما التهايي فانما يستحق حكما للعقد لان التهايي انما يستحق حكما لملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدور التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وحكم الشيء يعقبه او يقارنه فلا يصلح شرط جواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصح ابدا **قوله** واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع لان المقصود من الاستيجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود عليها واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والاختلاف في النسبة لا يضره وهو نظير بيع الآبق ممن في يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء *

(قوله)

علي انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر *

قوله علي انه لا يصح في رواية الحسن عنه فجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد **قوله** وبخلاف الشيوع الطاري بان آجر رجل من رجلين ثم مات احد المستأجرين او آجر رجلان من رجل ثم مات احد المواجرين فانه تبقى الاجارة في نصيب الآخر شائعا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات احد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فعن ابي حنيفة رح انه يفسد العقد في حق الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع يقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وبخلاف ما اذا آجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد مقدور عليه للمواجر ثم المهاياة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد **قوله** ويجوز استيجار (١)

والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز بالاجماع ومعني تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذه لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم *

الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمراد بعد الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى *

قوله والاول اقرب الى الفقه وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسي **قوله** فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ اي بطعامها وكسوتها **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان يعني ان المكيل والموزون اذا كان موصوفا غير مشار يثبت دينا في الذمة والدين تارة يصير مؤجلا وتارة معجلا كالدراهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت دينا في الذمة الا في السلم ويشترط بيان الاجل في السلم فكذا اذا استأجرها بثياب موصوفة *

(قوله)

قال وليس للمستأجران يمنع زوجها من وطيها لان الوطى حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل *

قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير

قوله لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو اوجر بلبن الظئر في المدة لا يستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الظئر الصبي الى خادمتها حتى ارضعته فلها الاجر كاملا استحسانا لانها لم يشترط عليها بذيها فهو نظير من استاجر قصارا ليقصر له ثوبا او خياطا ليخيط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره فانه يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها * (قوله)

فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمي هناك غير معلوم فلم يصح الحط ومن استاجر رجلا ليخبزله هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه فلا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم

قوله فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره ومعنى آخر وهو ان الاجر اما ان يلزمه في الذمة او في عين موجود وهو ما التزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لا ينعقد الاجارة ولا يجب الاجر اجماعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة او يحمل طعاما مشتركا بينهما وهنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بوصف الفساد عملا بالشبهين **قوله** ولا يجاوز بالاجر قفيزا اي فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما هو في معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالاجر المسمي المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه **قوله** وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه يفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار (المعقود)

و قد مر مثله في الطلاق **قال** ومن استأجر ارضا على ان يكربها و يزرعها و يسقيها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد *

المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين احدهما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ مقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه يمنع جواز العقد للافضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر ان يقول منافعك في بقية المدة حقي باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في اجير الوحد هو ان يقال انما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل اذا ذكرهما قبل ذكر الاجرة اما اذا ذكر احدهما وذكر الاجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتى لو قال استاجرتك اليوم بدرهم على ان تخبزلي هذا القفيز من الدقيق جاز العقد اما لو قال استاجرتك لتخبزلي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم او قال استاجرتك اليوم لتخبزلي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول لما تم العقد بذكر احد الشيئين اما المدة واما العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او للتعجيل فلم يفسد العقد واما في الوجه الثاني فلانه لما جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الاجرة صلح كل واحد منهما مقابلا بالاجر وليس احدهما باولى من الآخر وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه *

قوله وقد مر مثله في الطلاق اي في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار *

(قوله)

فان شرط ان يثنيها اويكري انهارها اويسرقنها فهوفاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته فى العام القابل وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة

قوله وهذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قيد بهذين القيدين لانه لوكانت الارض في بلدة نحتاج الى تكرار الكراب لتخرج الريع لايكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ وكذا لوكانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لايفسد العقد **قوله** بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح احتراز عن قول من قال بان المراد منها الجداول **قوله** لانه يبقى منفعته فى العام القابل هذا دليل الفساد في شرط كري الانهار العظام **قوله** فلاخير فيه اي لا يجوز اصلا **قوله** الى هذا اشار محمد رح روى ان ابن سماعة كتب الى محمد لم لايجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد انك اطلت الفكرة ولزمتك الحيرة وجالست الجنّائي وكانت منك زلة اما علمت ان مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجنّائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم عليها فقال محمد لابن سماعة (كانت)

ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة **قال** واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه ههنا لك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع *

كانت مجالستك اياه زلة يقال ثوب قوهي منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والمعنى فيه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا في مروي فان قيل انما حرم بيع الشيء بجنسه نسيئة عندكم باعتبار ان النقد خير من النسيئة وهنا لا فضل لاحدهما على الآخر والقبض في البدلين على نمط واحد قلنا نعم الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بالعلة فاما في الاصل انما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة في المنصوص والحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى *

قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس يعني انا انما جوزنا الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليها والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام باطل قلنا الذي لم يصحبه الباء هو المعقود عليه واقيم المحل مقام المنفعة وهو معين فيصير الاجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عينا بدين وذلك جائز **قوله** فيكون عاملا (فلا)

ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شئ يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه

فلا يتحقق التسليم لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى *

قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لانه ان زرعها جاز ان يكون ما زرعها مضرا بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينفرد احدهما بالتعيين ثم الاستعمال تعيين احدهما فلا يصح ذلك قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان يصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء احد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع **قوله** وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة جعل هاتين المسئلتين مقيسا عليهما وزفر رح لا يقول بالانقلاب الى الجواز (فيهما)

لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد *

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار

فيهما لانه لما اقيمت الحجة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد اسقاطه صارتا بمنزلة المجمع عليهما ويحتمل ان يكون هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير * **قوله** لان العين المستأجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة والامانة لا تضمن الا بالتعدي وحمل ما يحمل عليه الناس ليس من التعدي **قوله** فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا اي في المسئلة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفي القياس يجب اجر المثل لان المنافع قد استوفت باجارة فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا *

باب ضمان الاجير

الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالقصار والصباغ والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص في ان الاجير المشترك لا يمنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول من العمل في الاجير المشترك بمنزلة الدين في ذمته وذلك لا يصلح مانعا مثله من غيره والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا يصير منافعه معلومة الا بذكر المدة (او)

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره فكان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا **قال** والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر **قال** وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر

او المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من ايجابها لغيره وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في الذمة لا يتعذر عليه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين فبعد ما باعه من انسان لا يتمكن من بيعه لغيره *

قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل يعني اذا شرط ان يعمل هو بنفسه وقوله او اثره اذا لم يشترط ان يعمل هو بنفسه **قوله** ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به يريد به ان المعقود عليه الحفظ ايضا وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق (با)

وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه *

بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذي لايقع الا لتقصيره في الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهة يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تارك ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه وما لايتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا الا ان ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كالموت حتف انفه والحرق الغالب وغيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير منه وله ان العين امانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهي اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمنه كالمغصوب واما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحقيقة فلا يصار عليه الا عن ضرورة كما في الحبس اذ لا يقدر على حبس اثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا اذ العقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض *

قوله وهو المعقود عليه حقيقة اي الاثر **قوله** فلم يكن مأذونا فيه اي في المعيب لانه ليس بوسيلة الى الاثر *

(قوله)

قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة اوسقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة **قال** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل وذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا **قال** واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه

قوله الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة اوسقط من الدابة قيل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف رح في الوضع كذا ذكره التمرتاشي رح ولا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي **قوله** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان يباع هناك واعلم ان الحمال اجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله بان زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه كما في ضمان الاجير المشترك وان تلف بفعله بان يعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط واعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشي معه يصير مسلما (با)

وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان و وجهه انه لايمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قد مناه لان قوة الثوب و رقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد *

قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل

باتصاله بملكه ولم يوجد تسليم المعقود عليه بكماله فثبت الخيار لهذا فان قيل كان ينبغي ان لايخير عند ابى حنيفة رح على هذا الوجه ولكن يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المذهب عنده ان المال امانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان امانة وقت القبض وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه قلنا له في ذلك الضمان وجهان احدهما ان هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر انه كان امانة وهنا لما هلك بزلقه ظهر انه كان مضمونا عليه فجاز ان يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا والوجه الثاني هو انه وجد سبب الضمان في مكان الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذي وقع كسرا وفسادا الا ان الافساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما اوجب الضمان باعتبار العقد لانه لولا عقد الاجارة لكان الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على المعين فيما اعان ولما كان كذلك كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يحال به على السبب فلهذا كان له ان يضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه *

قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقه بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان

قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اي سلم نفسه (و)

كمن استوجر شهرا ليخدمه او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل **قال** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم بالصواب *

ولم يعمل مع التمكن اما اذا امتنع من العمل ومضت المدة او لم يتمكن من العمل ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس *

قوله كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم واعلم انه اذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيري فحينئذ يصير اجير وحد وان ذكر المدة اولا بان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول وترعى غنم غيري **قوله** ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل اي ولانه يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل ويستحق الاجر وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه لا يستحق الاجر اذا نقض عمله قبل ان يقبض رب الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب فانه روي عن محمد رح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر انما يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان بفتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص (فيما)

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتک هذه الدار شهرا بخمسة اوهذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفين بان قال آجرتک هذه الدابة الى الكوفة بكذا اوالى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلک البيع والجامع دفع الحاجة

فيما تلف في يده اوسرق منه اوغصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله اوتخرق الثوب من دقه هذا اذا لم يتعمد الفساد لانه بائع منفعته والمنفعة سليمة وانما التخرق في العمل الذي هو تسليم للمنفعة وذلک غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجير القصار وسائر الصناع اذا استوجروا لم يضمنوا لمن استأجرهم الا بما تعدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ اجير وحده ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه اجير خاص كذا في الايضاح *

باب الاجارة على احد الشرطين

قوله وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء بان قال آجرتک هذه الدابة الى الكوفة بكذا اوالى بغداد اوالى واسط بكذا وكذا هذا في انواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب فلک ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلک ثلثه وان زرعتها بكراب وثنيان فلک نصفه واي ذلک عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمرتاشي رح والمعتبر في جميع ذلک البيع فانه اذا اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيره بين ثلثة اثواب ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعة لاندفاعها بما دونها * (قوله)

غيرانه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود ان فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل

قوله غيرانه لا بد من اشتراط الخيار في البيع يعني انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين وجوزوا عقد الاجارة في احد المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا يجب بالعقد وانما يجب بالعمل فاذا اخذ باحد العملين صار معلوما **قوله** وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيانه لو افرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجرة وكذا لو افرد العقد على الغد بان قال خط غدا بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البدل فيجب احدهما وهي مجهولة فيفسد ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق لان الغد كما يذكر للترفيه يذكر للاضافة والتعليق بل للاضافة حقيقة وللترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على (ارادة)

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني . ويجب اجر المثل لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

ارادة الحقيقة هنا فانه لو اريد بذكر الغد الترفيه يفسد العقد في اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر رح وكذا لو لم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التاقيت والغد على التعليق اعمالا للحقيقة وتحريا لجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم لان حمله على الاستعجال ثمه تحريا للجواز ايضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه احد الامرين اما تسليم النفس باعتبار الوقت او العمل بذكر العمل ولان التعجيل والتاخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوعي العمل ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته وهو التاقيت لقيام الدليل على ارادة المجاز اذ في حمله على التاقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل لايقال ان ابا حنيفة رح ينبغي له ان يجعل ذكر اليوم للتاقيت هنا وان كان فيه فساد العقد كما في قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتاقيت حتى قال بفساده لانا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل بقرينة وهي ان مقصوده العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم يوجد تلك القرينة في تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب التعجيل والنقصان بسبب التاخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر فيه فصار ذكر الغد للاضافة واليوم للتعجيل والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم بقي الى الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قالاه انه حمل اليوم على التوقيت هنا ليصح الاجارة في الغد فاجاب ابوحنيفة رح انه متى حمل على التاقيت يفسد في اليوم لانه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذا لم يكن (المفسد)

وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابيحنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على انه ان اسكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين

المفسد منصوصا والتاقيت مع ذكر العمل منصوص عليه وهو مفسد ولا اعتبار للدلالة مع النص المفسد وفي حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموجب للفساد لقرينة زائدة على ما مر *

قوله وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذا يدل على انه قد يزاد على نصف درهم وروى عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يزاد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فحصل من ابي حنيفة رح روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان اعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فيعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا اولى من الترجيح بالمصرح فان خاطه في اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح لانه اذا لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه *

(قوله)

فهو جائز و يحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لايجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لايدخل ذلک في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به *

قوله فهو جائز ويحتمل الخلاف ذكر محمد رح هذه المسئلة ولم يحک فيها خلاف فاحتمل ان يكون هذا قول الكل واحتمل ان يكون هذا قول ابي حنيفة رح خاصة كما في نظائرها من المسائل **قوله** وهذا الحرف هو الاصل عندهما اى الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم ايهما يجب يفسد العقد **قوله** ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بصحته كما فى الفارسية والرومية وهذا لان السكنى وعمل الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع **قوله** والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهو ان الغالب فى الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر ان لايخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهاله والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترک الانتفاع واحتيج الى ايجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذ الفضل لايجب بالشک وقيل يجب الاقل ويتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا يتمكن الجهالة (بكل)

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه

بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم وضم اليه الزيادة بزيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعقود عليه والله اعلم بالصواب *

باب اجارة العبد

قوله ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما ليخدمه في المصر واراد المستاجر ان يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستاجر فلهذا جعل عذرا **قوله** كما في الركوب يعني اذا اطلق الركوب فاذا تعين ركوبه لا يكون له ولاية اركاب غيره وكذا في العكس فان قيل هو في ملك منافعه نزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلماذا لا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته **قوله** فصار كما اذا هلك العبد اي في ذلك العمل فانه يجب على المستاجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستاجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له (من)

ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله

من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر فان قيل يشكل هذا بما دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد ببذره فهلك العبد في عمل الزراعة فانه لا يضمن قلنا ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير صاحب الارض غاصبا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر من قبل صاحب الارض وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب في الصبي المحجور كذلك والمعنى انه فيه امين اذ لا ضمان فيه كذا في الفوائد الظهيرية وفي الذخيرة اذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة فان كان المحجور صبيا فعلى عاقلة المستاجر ديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدا فعلى المستاجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا *

قوله ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه قيد باجارة العبد نفسه لانه لو آجر الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق **قوله** لان التقوم به اي بالاحراز **قوله** وهذا غير محرز لان الاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او بيد نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا في حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة فكذا ما حصل منها **قوله** في حق الغاصب اي غير محرز للمولى في حق الغاصب ولكنه محرز للمولى في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن * (قوله)

ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى مايلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى مايلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الاقبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المواجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

قوله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة لانه عاقد واما اذا آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العبد فيثبت للعاقد **قوله** على ما مر اشارة الى قوله والمنافع ماذون فيه كقبول الهبة **قوله** ومن استأجر عبدا هذين الشهرين وفي عامة الكتب استأجر عبدا الشهرين شهرا بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة وقوله تحريا للجواز وتنجز للحاجة لا يطابقه وضع المسئلة في المعين ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الآجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين الذين دخلا تحت ايجاب الاجر فيبقى التنكير فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين **قوله** تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة وهذا لانه ان لم ينصرف الشهر المذكور اولا الى مايلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلا بد من صرفه الى مايلي العقد تحريا لجواز العقد وكذلك الاقدام على الاجارة دليل تنجز الحاجة الى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور اولا الى مايليه قضاء للحاجة الناجزة **قوله** اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة (وانقطاعه)

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط و رب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه * **قال** واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب و اعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد *

وانقطاعه فان مستأجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة فان القول قول من يشهد له الحال وان اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستأجر عشرة ايام وقال الآجر خمسة ايام فالقول للمستأجر والبينة للآجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف في اصول الفقه والله اعلم

باب الاختلاف

قوله لو انكر اصل الاذن كان القول قوله اي لو انكر عقد الاجارة كان القول قول رب الثوب فكذا اذا انكر صفته **قوله** ومعناه ما مر من قبل اي قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء **قوله** وذكر في بعض النسخ اي نسخ القدوري **قوله** يضمنه مازاد الصبغ فيه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف امر الآمر في الوصف صار بمنزلة الغصب **قوله** لانه ينكر تقوم عمله اذ هو متقوم بالعقد ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير اجر ودعوى العمل بغير اجر اعانة والاعانة تبرع بالمنافع * (قوله)

وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم *

باب فسخ الاجارة

ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر

قوله وينكر الضمان اي وجوب الاجر **قوله** حريفا له الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب وحريف الرجل معامله وفسره هنا بالخليط واراد به من بينك وبينه اخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ودفع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله اجر مثل عمله اي القول قوله في انه عمله باجر وقال محمد رح ان من اتخذ دكانا وانتصب بعمل القصارة بالاجر فالقول قوله قال شيخ السلام رح وعليه الفتوى والله اعلم بالصواب *

باب فسخ الاجارة

قوله وانها يوجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار وبهذا يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في البيع بعد ما قبضه المشتري ليس للمشتري ان يرده فكان ينبغي ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة ايضا فقال ان العيب الحادث في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع (قبل)

ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه **قال** واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء من الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد رح ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه **قال** واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد

قبل القبض لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع اذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان *

قوله ما ازال به العيب كاصلاح ما انهدم من الدار **قوله** فاشبه الاباق في البيع اي اذا ابق المبيع قبل القبض لا ينفسخ البيع كذا هنا **قوله** وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ اي قوله ليس للمستاجر ان يمتنع اي عن القبض ولا للآجر اي عن التسليم تنصيص على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ اي له حق الفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد بهذا ولكن لا اجر على المستاجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار وقال محمد رح في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت الواحا ثم ركبت واعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر وقال محمد رح لا يشبه هذه الدار لان السفينة بعد النقض اذا اعيدت صارت سفينة اخرى الا ترى ان من غصب من آخر الواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار فلا يتغير بالبناء عليها *   (قوله)

لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى *
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رح لايصح لان المستاجر لايمكنه رد المعقود عليه بكماله لوكان الخيار له لفوات بعضه ولوكان للموجر فلايمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار

قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لايجوز اما في موت الآجر فلان المنافع التي تحدث على ملكه هو المعقود عليه وبموته ينتقل رقبة الدار ومنفعتها الى الوارث فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان تبدل الملك كتبدل المملوك الا ترى انه لوباع الدار برضا المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستأجر لوبقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير لا يخلفه وارثه هذا لان الوراثة خلافة فلايتصور ذلك الا فيما بقي وقتين ليكون ملك الوارث في الوقت الاول ويخلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين واذا تعذر اثبات الارث تعين البطلان كعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف لان العقد ينتقل الى ذلك الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ماذكرنا من المعنى فان قيل لما كانت الاجارة يتجدد في حق المعقود عليه بحسب مايحدث من المنفعة ينبغي ان يعمل اجازة الوارث فيه لان العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي قلنا انما لايعمل اجازته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فلايتوقف على اجازته والفقه ما بينا ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في اقواله ولا في عقوده التي عقدها لنفسه وعليه كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم او وكل رجلا ببيع ماله فلم يبع حتى مات الموكل فان الوارث لايقوم مقام المورث في هاتين المسئلتين لماقلنا انه لايقوم مقامه في اقواله وهذا بخلاف النكاح حيث لايبطل نكاح امته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق ماهي حق الزوج كما لوباعها المولى لا يبطل النكاح **قوله** ويصح شرط (١)

ولنا انه عقد معاملة لايستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهمادفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لايمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها

الخيار فى الاجارة ويعتبراول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رح لايصح لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانمايكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن ايضا لان الخيار مشروط للفسخ فلابد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ولوكان للموجر فلايمكنه التسليم ايضا لان المستأجر اذا استأجر دارا هذا الشهر مثلافعلى الموجر التسليم شهرا بكماله فلمامضى بعض الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال *

قوله ولنا انه عقد معاملة هذا احترازعن النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة اي معاوضة لان فيها تقابل العوضين واما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة **قوله** لا يستحق القبض فيه في المجلس احترازعن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط فى المجلس فلم يجرفيه شرط الخيار **قوله** بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه اي فوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه فى البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الوسع والطاقة ففى البيع رد المبيع كماهو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لامكانه ولم يشترط فى الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لواشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجزله الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث **قوله** فيشترط فيه دونه اي فيشترط رد الكل في عقد البيع لامكانه لا في عقد الاجارة لعدم امكانه (قوله)

قص

ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة *
قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد *

قوله ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة كما اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم اولم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر ان يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا لان الخيار لوثبت انما ثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احد العقدين لا يوثر في الآخر وعند الشافعي رح للمستأجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات بعض ما يتناوله العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك احدهما قبل القبض **قوله** ويفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا يفسخ بعذر و بغير عذر الا بالعيب وعند شريح رح يفسخ بعذر وبغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية والحوالة للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم **قوله** اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي بموجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا زال الامر الى الضرر اخذنا فيه باصل القياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات يمنع اللزوم في الحال كالوصية *

(قوله)

وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا اودارا ثم افلس ولزمته ديون لايقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قدلا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لايحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته اوطلب غريمه فحضر اوللتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي رح انه عذر لانه لايعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار

قوله انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الشافعي رح على ما ذكرنا فلابد من الزام القاضي قال شمس الائمة السرخسي رح وهو الاصح **قوله** ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا بان ماتت المرأة اواختلعت فيما اذا استاجر طباخا ليطبخ طعام الوليمة اومات الولد فيما اذا استاجر الختان ليختنه **قوله** وروى الكرخي رح انه عذراي مرض الموجر لانه لايعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار وعذر وهو ما اذا بدا له من السفر وروى بشر عن ابي يوسف رح قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لايكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لاينفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي واذا تعذر عليه الخروج للمرض يلحقه في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد (قوله)

ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فهو ليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعري عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر *

قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر فان باعه مع هذا هل يجوز ففيه اختلاف الفاظ الروايات قال شمس الائمة السرخسي رح في شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع واليه مال صدر الشهيد رح قوله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه وقيل لا يحتاج الى التاويل فان الخياط الذي يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان يظهر خيانته عند الناس يتحاشون عن معاملته وتسليم العمل اليه قوله وكذا اذا اطلق بان قال استاجرت منك هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر او في السفر قوله بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر وفي الذخيرة ولو اراد رب العبدان يسافر لا يكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي بين المستأجر وبين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله اعلم * (مسائل)

مسائل منشورة

قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه *

قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز

مسائل منشورة

قوله فاحرق الحصائد حَصَدَ الزرع جزه حصدا وحصادا من باب طلب وضرب والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريد بها هنا ما بقي فى الارض من اصول القصب المحصود **قوله** لانه غير متعد في هذا التسبيب والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدي فى السبب الا ترى ان من حفر بئرا في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رمى سهما في ملكه فاصاب نفسا او مالا فهلك يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصائد ههنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي رح هذا اذا كانت الرياح هادئة حين اوقد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغي ان يضمن لان موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى في ارضهم **قوله** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان للقصار او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا فى القياس فاسد لان رأس (مال)

قصا

لان هذه شركة الوجوه فی الحقیقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفی القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر *
قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء *
قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه فی الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق *

مال صاحب الدكان المنفعة والمنافع لا يصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا وفی الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفی العمل بابدانهما سواء فيصير رأس مال احدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل ولكل واحد منهما يجب به الاجر كذا فی النهاية *

قوله لان هذه شركة الوجوه فی الحقيقة فهذا لوجاهته تقبل وكان الآخر يشاركه على ان يتقبل الاعمال فقبل احدهما وعمل الآخر فيكون الاجر بينهما كما لو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا شاركا على ان يشتريا بوجوههما ثم اشترى احدهما يشاركه الآخر فيه وهذا اقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه فی الحقيقة لما ان قبول الاستاذ العمل لوجاهته **قوله** للجهالة اي لجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقل والوطاء الفرش والدثر جمع دثار وهو كل ما القيته عليك من كساء وغيره **قوله** ورد الزاد معتاد عند البعض هذا جواب اشكال وهو (ان)

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا هذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ماقيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلابد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد مابقي عليه درهم

ان يقال مطلق العقد محمول على العادة وفي عادات المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه فاجاب ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض فكان العمل بالاطلاق اولى وهو ان المكاري قبل الحمل المسمى من موضع ذلك وانما يكون ذلك برد ما انتقص من الزاد فلا مانع من العمل بالاطلاق *

كتاب المكاتب

الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال وهذا التركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب الشفاء حررة والكتيبة الطائفة من الجيش فسمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد اخص بنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق في المحل **قوله** وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء خص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداؤد الاصفهاني ومن تابعه هذا امر ايجاب اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه ان يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح وقال بعض (مشائخنا)

وفيه اختلاف الصحابة رضه وما اخترناه قول زيد رضه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق

مشايخنا الامر قد يكون لبيان الاباحة والجواز كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون هذا الشرط *

قوله وفيه اختلاف الصحابه رضي الله عنهم قال زيد ابن ثابت رضي الله عنه مثل قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا ادى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس رضي الله عنهما يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمائه وانما اخترنا قول زيد رضي الله عنه لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد **قوله** لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به وعند الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا ان اديته الي فانت حر وحاصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء ولو نص لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعلى مذهبه تفسيرها ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية ولو نص عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الى كل شهر كذا هذا في المبسوط **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل وقال الشافعي رح يجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي اتاكم وعن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا انها عقد معاوضة ولا يجب الحط في سائر المعاوضات كذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا بعينه (لاستحقاق)

بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق *

لاستحقاق الحط الذي يضاد الوجوب كالبيع والامر للندب كالامر بالكتابة وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهو الظاهر لان الايتاء يدل على التمليك وذا فى التصدق عليهم لان الحط لا يكون تمليكا *

قوله بخلاف السلم على اصله فان اصل الشافعي رح ان السلم الحال يجوز **قوله** ولنا ظاهر ما تلونا يعني قوله تعالى فكاتبوهم الآية فمن شرط التاجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص فسخ من وجه **قوله** والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل القبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الاداء يوجب الفسخ وهذا آية المبيعة لانا عملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا وبعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمنا بخلاف المسلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم **قوله** ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانها عقد كريم اذ العبد وما في يده لمولاه فيكون الظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء مالم يعلم قدرته عليه الا انه لم يذكر الاجل ليكون متفضلا في تاخير المطالبة فى الانتهاء كما كان منعما عليه في اصل العقد في الابتداء بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة فلا يمهله اذا عجز فيجوز مؤجلا لا حالا **قوله** وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد فى الرق اي في الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن اداء البدل وقد وجد *

(قوله)

قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا و آخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رح لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم

قوله واذا كان يعقل الشراء والبيع يعني يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب **قوله** جعلت عليك الفا الى قوله فاذا اديتها فانت حر فقوله اذا اديتها فانت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتاب ويحتمل الضريبة لان المولى يستبد بضربة عبده فلا يتعين جهة الكتابة الا بقوله اذا اديتها فانت حر بخلاف قوله كاتبتك لعدم الاحتمال وقوله ان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتابة ايضا وانما ذكره حثا للعبد على الاداء عند النجوم **قوله** فان هذه مكاتبة حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي ولو ادى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في حقه **قوله** لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرفنا ان المولى قصد ايجاب البدل بهذا التنجيم وفي نسخ ابي حفص رح لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام في المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا للكتابة لانه قد يكون في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه وذكر لفظ يختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة * (قوله)

فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه اولتحقيق مقصود الكتابة وهواداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفروان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا لحصول العتق به وقد حصل دونه * **قال** واذا وطي المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالالها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله اعلم بالصواب *

قوله فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه اي يضم مالكية يده في الحال الى مالكية نفسه في المآل لانه ملك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها المولى يجب العقر ولذلك يجب الارش لو جنى عليها ولا يكون ذلك الا بان يكون مالكا لاجزائه من وجه وحقيقة مالكية النفس عند اداء جميع البدل **قوله** فلما روينا وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم **قوله** وثبت له حق في الذمة من وجه اصل البدل يجب للمولى في ذمته لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان قبوله في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلة مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض يتم المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة اتمام المالكية **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود *

(فصل)

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم *

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله ليس بمال في حقه اي ليس بمال متقوم **قوله** ولان القيمة مجهولة قدرا ووصفا وجنسا اما جنسا فلانها مرة يكون من الدراهم وطورا من الدنانير واما قدرا فانها تختلف مقدارها باختلاف المقومين واما وصفا فانها يكون جيدا ووسطا ورديئا **قوله** وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة يعني ان الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب او دابة وانه لا يجوز لان الثوب او الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح **قوله** ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز وان كانت القيمة يجب بهذه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن بصدده يجب قصدا الا حكما لمكان التصريح بالقيمة ويجب ثمه حكما لا قصدا لانه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكما وضمنا لغيره وان كانت لا يثبت قصدا كبيع الاجنبية ونحوها **قوله** وان ادي الخمر عتق وفي المبسوط وان اداه (قبل)

ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا اعتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه

قبل ان يترافعا الى القاضي وقد كان قال له انت حر اذا اديتها ولم يقل فانه يعتق ويسعى في قيمته لان هذا العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده لتقرر العتق فيه فيلزم قيمته كالمشتري شراء فاسدا اذا اعتق المبيع قبل القبض وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة كما في بيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا مخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق الا باداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد اضيفت الى الخمر بادنى ملابسة وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البدل لكان وجها متكلفا *

قوله ولا فصل في ظاهر الرواية اي يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط اولم يصرح **قوله** والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا اي الظاهر من حال العبد انه يرضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية اولان العبد لما اقدم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضي باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى **قوله** وفيما اذا كاتبه على قيمته اذا ادى القيمة يعتق لانها البدل وانما يثبت اداء القيمة بتصادقهما او باداء اقصى ما يقع به تقويم المقومين *

(قوله)

قصح

واثر الجهالة فى الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواه الحسن رضي الله عنه انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد فى الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين فى المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما فى البيع

قوله واثر الجهالة فى الفساد يعني لا فى ابطال العقود هذا جواب اشكال وهو ان يقال ان القيمة مجهولة كجهالة الثوب فينبغي ان تؤثر تلك الجهالة في فساد العقد على وجه لا يعتق باداء القيمة كما لا يعتق باداء الثوب فاجاب بان جهالة القيمة مستدركة تحذرمنه باداء اكثر ما يقع به تقويم المقومين ولا توقف على اداء المشروط وفى الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما ادى يتناول غيره ومعلوم ان مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيل ملكه عن العبد لاي ثوب كان فكان المراد معينا ولا يدري ان المؤدى هل هو ذلك المعين ام لا فلا يثبت الاداء فان قيل ينبغي ان يعتق باداء ثوب اعتبارا لجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان اديت الي ثوبا فاي ثوب ادى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة ايضا لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن **قوله** لانه لا يقدر على تسليمه لان ملك الغير غير مقدور التسليم **قوله** فاشبه الصداق الجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ولو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذا ههنا **قوله** اذا كان العقد يحتمل الفسخ تحرز به عن النكاح *

(قوله)

بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رح وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي **قال** وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هي جائزة

قوله بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط اي شرط صحة التسمية في النكاح ان يكون المسمى مالا متقوما لا ان يكون مقدور التسليم اذ القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر اولى **قوله** وان كاتبه على عين في يد المكاتب اي على عين هو من كسبه بان كان ماذونا في التجارة ففيه روايتان وقد عرفت ذلك في الاصل اي في المبسوط ذكر فيه عبد ماذون له في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين ففيه روايتان اما اذا كان في يده دراهم او دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات وجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم وجه الفساد ان الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه فيثبت حرية اليد في الحال ويتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء (فلو)

ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال المعقود عليه ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى **قال** واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس

فلو جازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى لا على كسب يوجد بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاسب على انه يثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون كتابة*

قوله ويقسم المائة الدينار الى آخره حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء الخمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتهما لجواز ان يكون قيمته العبد الوسط مستغرقة كل البدل وعلى هذا لا يحصل للمولى شيء وانه ما رضي بذلك **قوله** وهو الاصل في ابدال العقود يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناؤه منه **قوله** ولهما ان العبد لا يستثنى من الدنانير لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانها لا يصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البدل مجهولا والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي يرده المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعقود عليه فلو جازت الكتابة لجازت بما يخص الرقبة من المائة والكتابة بالحصة كتابة بالقيمة فيكون فاسدة **قوله** واذا كاتبه على حيوان (غير)

لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة **قال** واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لاينعقد صحيحا على القيمة فافترقا *

غير موصوف فالكتابة جايزة ومعناه ان يبين الجنس مثل ان يكاتبه على عبد او وصيف ولايبين النوع اي لم يقل انه تركي او هندي والصفة اي لم يقل انه ابيض او اسود *

قوله لانه معاوضة فاشبه البيع والجامع انه لا يصح الا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع الا ترى انه يقال ويفسخ **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال اي ابتداء لان البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال **قوله** او بمال اي في الانتهاء لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذ العبد لا يملك مالية نفسه فشابه النكاح **قوله** والجامع انه يبتنى على المسامحة اي الجامع بين عقد الكتابة والنكاح **قوله** لان القيمة يصلح بدلا في الكتابة اي قيمة المسمى فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمة يجبر على القبول فمتى جاز ان ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز ان يبقى على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة اصلا فلايمكن ابقاؤه عليها *

(قوله)

قصد

قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا يتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى *
قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

قوله واذا قبضها اي قبض قيمة الخمر عتق وان ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشائخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا العقد اذ العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق بادائه ثم العقدان وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا لذلك فبقي الخمر بدلا واذا بقيت بدلا يعتق بادائها **قوله** ولو اداها اي العبد المسلم الخمر **قوله** وقد بيناه من قبل اي في اول هذا الفصل وهو قوله فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها يحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظهما عليها فلشبهها بالبيع يبطل (بالشرط)

هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء

بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها كما لو شرطه خدمة مجهولة بان كاتبه على كذا على ان يخدمه مدة لانه في البدل ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها بان كاتبه على الف الى الحصاد والدياس *

قوله هذا هو الاصل اي العمل بالشبهين هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وفك الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهو ان لا يخرج من الكوفة فاعتبر اي عقد الكتابة اعتاقا في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو اعتق عبدا على انه ساسه فان الشرط باطل والاعتاق صحيح **قوله** ضرورة التوسل الى المقصود وهو نيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال فيه بل التزام المهر والنفقة ولا يتصدق الا بالشيء اليسير وما دون الدرهم قليل يتوسع الناس فيه **قوله** ليجتمع عليه المجاهزون والمجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه اريد به المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز **قوله** ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا اي الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع (اما)

فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد ✱
قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع

اما اذا كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبة وان كان بامره فكذلك ايضا لان الكفيل متى ادى يصير مقرضا بما ادى الى المكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشرط فى المجلس ولو كان معاوضة فيشرط قبضه فى المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس ايضا لا يصح لانه تبرع محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزم فعلا في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس مما لا يتعلق به المال فكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول ان الكفالة متى صحت قد يتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر هذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن المولى او بغير اذنه لانه ملك المولى لا في منافعه ومكاسبه فوجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه ✱
قوله فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال ولا يلزم عجز المكاتبة من تزويج نفسها لان حق المولى في رقبتها باق ولهذا يملك اعتاقها دون اعتاق امتها فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها ولان فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فربما يعجز ويبقى هذا العيب في ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع فى الاصل لاكتساب الاموال بل للحصن والعفة وانفكاك الحجر يثبت للمكاتب في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيئا آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة بخلاف تزويج الامة فان قيل هذا موجود في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى وامته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجزت وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزم ذلك في امته ومكاتبته ✱ (قوله)

وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه و البيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا **قال** فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك من رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر *

قوله وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل العبد عن ملكه وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالقبض فلما ملك البيع فالكتابة اولى ولهذا يملك الاب والوصي كتابة عبد الصغير **قوله** ثم لا يثبت للعبد الا ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال فانه فوق ما هو ثابت له لان الثابت للمكاتب ثبوت حق الحرية وللمعتق على مال حقيقتها **قوله** لان له فيه نوع ملك وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك في كسب المكاتب الثاني لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون ما للثاني من حق الكسب منقولا الى المولى فصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق ايضا لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف وللمولى حق ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو اولى من المولى وان كان الاول مكاتبا على حاله ولم يكن من اهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئا يملكه مولاه بهذا الطريق **قوله** وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة ولهذا اذا اوصى لموالي فلان (و)

قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظراله ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية *

قال واما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله اعلم *

فصـــل

قال واذا اشتري المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان

وليس له معتق فى الاحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو ولا يكون الاضافة الا الى المولى *

قوله هو قاسه على المكاتب فان له ان يزوج امته فكذا الهولاء **قوله** واعتبر بالاجارة فان لهم ولاية الاجارة فكذا ولاية تزويج الامة اذ كل واحد منهما تمليك المنفعة ببدل **قوله** ولهما ان لهم التجارة وليس هذا بتجارة لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيها بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحيوان فى الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة *

فصـــل

قوله واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته حتى يمنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل في كتابته ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي بل يعجز الداخل بعجز الاصلي حتى اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصالة *

الا ترى ان الحر منى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فى الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة فى الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني فى العتق وبالاول فى الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه * **قال** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها

قوله الا ترى ان الحر منى كان يملك الاعتاق يعتق عليه اي اذا اشترى اباه او ابنه **قوله** وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا ولهذا يحل الصدقة له وان اصاب مالا ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته اذا اشتراها بيانه ان المكاتب لا ملك له فى الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب والقدرة عليه يوجب النفقة في قرابة الولاد حتى يجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسرا ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر **قوله** ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد يعني قرابة الاخ وامثالها متوسطة بين قرابة بنى الاعمام وهي بعيدة لانها بواسطة العم وهو بواسطة الجد وبين قرابة الولاد وهي قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب او الجد او نحو ذلك فاشبهت بنى الاعمام في حق الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص واشبهت الولاد في حق حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فالحقناها بالولاد فى العتق وببني الاعمام فى الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما **قوله** وهذا اولى اي من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا اي لو الحقناها بالولاد في حق الكتابة لالغينا الشبه الآخر لانه يلزم الحاقها بالولادة في حق العتق لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة **قوله** ولم يجز بيعها ولم يدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه نص عليه فى المبسوط * (قوله)

امادخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا فى المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد *

قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما والاصح ما فى المتن وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الرق والحرية

قوله امادخول الولد فى الكتابة فلما ذكرنا اشارة الى قوله تحقيقا للصلة بقدر الامكان **قوله** لان كسب المكاتب موقوف اي كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد اذ لو تعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاد محتملا للفسخ فيفسخ بانفساخ الكتابة فح يلزم ان يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه الا انه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولدها تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه وما يثبت تبعا يثبت بشروط المتبوع ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه **قوله** مؤكدا احترازعن ولد الآبقة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لما ان الامتناع فى الآبقة غير مؤكد فلا يسري الى الولد **قوله** دخل في كتابتها وفي بعض النسخ في كتابتهما ومعناه اذا كاتبهما كتابة واحدة يدخل الولد في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها كما اذا كانت الكتابة متفرقة والصحيح هو الاول *

(قوله)

قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به *

قال وان وطئ المكاتب امته على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة

قوله زعمت انها حرة الغرور انما يثبت بقول الامة انها حرة وكذا اذا زوجها منه حر على انها حرة او زوجها منه عبد او مدبر او مكاتب على انها حرة ويرجع المغرور بما ضمن من قيمة الولد على الامة بعد عتقها ويرجع (المستحق) على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا عتقوا واما اذا اراد ان يتزوج امرأة فاخبره رجل انها حرة ولم يزوجها اياه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هي امة وقد ولدت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء لانه ما التزم شيئا انما اخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع كما لو اخبره ان الطريق آمن فسلك فاخذه اللصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة اذا اعتقت لانها غرته حين زوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها وهو لا يعلم انها امة او تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يغره فيها احد فالاولاد رقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغني من الحق شيئا **قوله** ولا يأخذهم بالقيمة اي لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة اي لا تكون الاولاد احرارا بالقيمة **قوله** لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة اي فيما اذا كان المغرور حرا يؤاخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد رح هنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق اي (فيما)

قصو

وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة *

قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى *

فصل

قال واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها

فيما اذا كان المغرور مكاتبا او عبدا او مدبرا هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى اما اذا كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك بسبب مأذون فيه من جهة المولى يؤاخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فانما يؤاخذ به بعد العتق *

قوله وهذا العقر من توابعها توابع التجارة داخلة تحت الكتابة وان كانت تبرعا حقيقة كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد فصار ملحقا بدين التجارة وان كان مقابلا بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينتظمه الكتابة فتأخر الى عتقه كدين الكفالة والله اعلم *

فصل

قوله يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها قصدا اذا لم يكن منه فلان يملك تحرير ولدها ضمنا للدعوة اولى *

وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة

قوله وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك ادنى منه في مكاتبته بدليل عدم جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكفي للمولى ماله من الملك وهو اقوى بدليل جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد اولى **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله قبيل فصل المكاتبة الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها **قوله** ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه وهذا بخلاف ام الولد اذا ولدت ولدا حيث يلزم المولى لانها ام ولد يحل للمولى وطئها وهذه ام ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى الا ان يدعي حتى اذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد يحل وطئها فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر اولاد ام الولد **قوله** جهتا حرية اي عاجلة ببدل الكتابة وآجلة بغير بدل *

(قوله)

غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولوادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية **قال** وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير وموجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رح انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة

قوله غير انها يسلم لها الاكساب والاولاد جواب لشبهة وهي ان يقال لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان يسلم الاكساب والاولاد المشتراة في الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاولاد والاكساب **قوله** فان مات المولى ولا مال له غيرها انما قيد به لانه لو كان له مال غيرها وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت عنها المكاتبة لوقوع الاستغناء بها عن اداء المال فكان هذا بمنزلة ما لو اعتق المولى مكاتبه **قوله** وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير وموجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقل المالين اعسر لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا **قوله** قابل البدل بالكل اي بكل المدبرة لانه اضاف العقد الى كلها فقال كاتبتك على هذا وهي محل قابل (لهذا)

ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا طلق مرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية

لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا واذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا فيجب ان يسقط بقدره من الثلث وصار كما اذا استأخر التدبير بان كاتب عبده اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق *

قوله ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها ولا يقال الظاهر انه انما التزم بمقابلة الكل لانه انما التزم ليعتق قبل موت المولى لانا نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر قبل موت المولى لانه ان مات قبل موت المولى يبطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر وبدل الكتابة في الحال كالموقوف بين ان يكون بمقابلة الكل او الثلثين فان ادى قبل موته يكون بمقابلة الكل فيعتق كله باداء البدل وان مات المولى اولا يتقرر استحقاقه فتبين بموت المولى اولا ان التزام البدل كان بمقابلة ما لم يتقرر استحقاقه توضيحه انه انما يلتزم البدل ليحصل العتق له عاجلا ما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البدل فان ادى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين **قوله** استحقت حرية الثلث ظاهرا انما قيد بقوله ظاهرا لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا بالسعاية **قوله** فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة فان قيل انما قابلنا البدل ثمه بازاء ما بقي لوقوع التطليقتين اما ههنا فللمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ولهذا حل وطئها فيجوز ان يثبت بازائه من البدل قلنا قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا لو اتلفها انسان لا يضمن الا بقيمة الثلثين فيكون البدل بازاء الباقي *

لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا **قال** وان دبر مكاتبه صح التدبير لما بيناولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا *

قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تنفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه *

قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا

قوله لدلالة الارادة اي ارادة المطلق لان الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا **قوله** عنده اي عند عقد الكتابة **قوله** لما بينا انه لا تنافي لانها تلقتها جهتا حرية **قوله** بناء على ما ذكرنا اراد به قوله اما الخيار فرع تجزى الاعتاق **قوله** ووجهه ما بينا اراد به قوله لان البدل مقابل بالكل **قوله** لانا نبقي الكتابة في حقه اي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب **قوله** فكان ربوا لانه لما ادى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة من الالف التي في ذمته فالخمسمائة الاخرى يسلم للمكاتب بالاجل وانه ليس بمال والدين مال فيكون هذا مقابلة المال بغير المال فيكون ربوا لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض **قوله** لهذا لا يجوز مثله في الحر بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا (لا)

و لان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه و الاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا و الاجل فيه شبهة *

قال واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيرهذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى

قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما *

لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجه لا يجوز وبدل الكتابة مال من وجه اي ليس بمال من كل وجه حتى لا يصح الكفالة ولا يصلح نصابا للزكوة *

قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه لان القياس ينفي هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا و عقد من وجه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر **قوله** حتى اجري عليها احكام الابدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع بكل الثمن **قوله** نظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف اي اصل اختلافهم هذا في مريض باع دارا قيمتها الف بثلثة آلاف الى سنة **قوله** لما بينا من المعنى اراد به ما ذكر من الدليل في الطرفين **قوله** لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير لانه تبرع باسقاط احد الالفين وتاخير الالف الاخرى والله اعلم * (باب)

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادي عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع

باب من يكاتب عن العبد

قوله لانه لا شرط اي حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان اديت اليك الفا فهو حر والعقد موقوف والموقوف لا حكم له **قوله** ولا ضرر للعبد الغائب وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البدل فاذا تبرع الفضولي باداء البدل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باداء البدل عنه فينعقد الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حكم لزوم الالف على العبد **قوله** وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب يعني قيل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان اديت اليك الفا فهو حر بل قال له كاتب عبدك على الف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه انه ان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتبا وقيل هذا الجواب اي العتق باداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولي على اني ان اديت فهو حر على ما قال في الكتاب **قوله** لانه متبرع لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادي الى المولى قلنا ان اداه بحكم الضمان وهو ان يقول (كاتب)

قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداءً جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه *

كاتب عبدك على الف درهم على اني ضامن يرجع عليه لانه ادى بضمان فاسد فان الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وان ادى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجع كمن تبرع باداء الثمن على المشتري وتم تبرعه وهذا اذا ادى كل بدل الكتابة وان ادى البعض له ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان ان ادى بضمان فلما مر وان ادى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل عوضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان له ان يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف ما لو قبل العبد الكتابة ثم تبرع انسان عنه باداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع لان ثمه حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البدل وههنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يبرء بادائه هذا اذا اراد ان يرجع قبل اجازة العبد وان اجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم اراد الحران يرجع بما ادى بحكم الضمان يرجع وان ادى بغير ضمان لا يرجع سواء ادى الكل او البعض لانه متى اجاز نفذت الكتابة من الابتداء فوقع الاداء مبرئا لذمة المكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع *

قوله والكتابة على هذا الوجه مشروعة بان جعل نفسه اصلا في الكتابة والغائب تبعا كولد المكاتب يكون تبعا لها فيصح هذا التصرف كذلك او يجعل هذا كتابة للحاضر على الف وتعليقا لعتق الغائب بالاداء الالف الذي هو بدل في هذا الكتابة تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان (قوله)

قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه *

قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه

قال وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا *

قوله وايهما ادى عتقا اما الحاضر فلان البدل عليه فيجبر المولى على قبوله عند ادائه ويعتق الغائب ايضا لدخوله في كتابة الحاضر تبعا كما في ولد المكاتبة او لما ذكرنا من التعليق ووجود الشرط واما اذا ادى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبة ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وههنا اولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل في الكتابة تبعا كولد المكاتبة اولانه في حقه مجرد تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل في عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبة الا انه اصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة اضيف اليهما مقصودا بقوله كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما في الاصل ولهذا لو اعتق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبة لان المال مقابل بالرقبتين في حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا لا حصة له في حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدي حصته وان اعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبة ويؤدي الغائب حصته حالا والا رد في الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب بخلاف ولد المكاتبة اذا اعتقه المولى لا يسقط عن المكاتبة شيء ويعتق باعتاق المكاتبة

قوله فان قبل الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء اي لا يؤثر قبوله في لزوم بدل (الكتابة)

قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي *

الكتابة عليه لانه ليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء اجاز الغائب اولم يجز وكذلك رده لايؤثر في حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب *

قوله واذا كاتبت الامة على نفسها اي قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها والحكم في العبد كذلك وليس في وضع المسئلة في الامة فائدة سوى ما ذكره ابو جعفر رح في كشف الغوامض بقوله ان لهذه الرواية اي لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فان هناك وضع المسئلة فيمن كاتب عبده على نفسه واولاده الصغار فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل ان يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس للام فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغير ليدل بذلك ان لا اثر لقبول الغائب اورده ثم فائدة وضع المسئلة في الصغيرين دون الصغير هي ان ايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع كان لقائل ان يقول في مثل هذا اذا ادى احد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية بخلاف الامة وابنها فان اداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك اداء الابن كاداء امه لانه لما دخل في كتابتها بطريق التبعية صار اداء التبع كاداء الاصل واما اداء هذا الابن ليس كاداء اخيه لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة في المبسوط في الاولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لانه اقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة

قوله على ما بينا في المسئلة الاولى وهي ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب

قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي والله اعلم * (باب)

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لايكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل

باب كتابة العبد المشترك

قوله ان يكاتب نصيبه اي نصيب المأذون **قوله** واصله اي واصل قوله فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وعندهما هو بينهما نصفان **قوله** فيكون متبرعا بنصيبه عليه اي على المكاتب لانه لما اذن احدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب الآذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبد فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن الذي لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد اذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة مالو وهب من مكاتبه شيئا ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض وعجز فان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشترى ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع (به)

لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز **قال** واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة

به لان مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فههنا ايضا مقصود الآذن بالتبرع ان يسلم للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع قلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن عتقه وبعد العجز صار مرقوقا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج عن يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع لان ذمتهما محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده *

قوله لعدم التجزي ولا يلزم كتابة احدهما بدون اذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصرا عليه لان الكتابة انما يقتصر على احد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست بلازمة بدليل ان الساكت يملك فسخها وهنا لازم فاشبهت التدبير **قوله** كما في المدبرة المشتركة صورتها امة بين رجلين دبراها ثم وطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد منه ويقتصر امومية الولد على نصيبه **قوله** لقيام ملكه ظاهرا قيد بقوله ظاهرا بالنظر الى ابقاء الكتابة وبالنظر الى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر انها تمضي على كتابتها فيكون ملك الثاني باقيا فيها **قوله** ووطئه سابق فتصير ام ولد له من ذلك الوقت لان السبب هو الوطي فصار كما اذا اسقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد * (قوله)

قصح

ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ

قوله ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد فان قيل ينبغي ان لا يضمن قيمة الولد لان ضمان القيمة في ولد المغرور لما ان المالية يتلف في الولد بحريته فيضمن الاب قيمته وهنا الولد يتبع الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا يجب القيمة فكان حرا فلا يجب الضمان قلنا عن ابي حنيفة رح في كون ام الولد متقومة روايتان فهذا وقع على رواية التقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة **قوله** لانه بمنزلة المغرور لان الشريك وطئها على حسبان ان بضعها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين انه لا ملك له فصار مغرورا **قوله** وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يتجزى واجمعوا على انه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاد واجب ما امكن ولهذا يكمل في القنة وامكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت يصير قنة واستيلاد القنة لا يتجزى ولابي حنيفة رح انه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضي بحريته بجهة الكتابة ولا رضي بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الكتابة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبة ابنه لا يصح وان امكن تصحيحه بفسخ الكتابة **قوله** ولا يجوز وطئ الآخر لا يكون هذا الوطئ وطئا يثبت النسب والا فعدم جواز الوطء بالاتفاق (قوله)

فتنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا وانما صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعري عن إحدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل

قوله فتنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب لانه لا ضرر لها في كونها ام الولد بل لها فيه نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة ويبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **قوله** بخلاف التدبير جواب ما قاس ابو حنيفة رح المكاتبة المشتركة بالمدبرة المشتركة اي الكتابة بخلاف التدبير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتدبير غير قابل للفسخ فكذلك اذا ستولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده لما قلنا ان امومية الولد يجب تكميلها ما امكن وههنا لا امكان لان التدبير لا يقبل الفسخ **قوله** بخلاف بيع المكاتب اي لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع وقد قلنا انه يفسخ في ما لا يتضرر المكاتب **قوله** غير انه لا يجب الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بالدليل الذي ذكره ابو حنيفة رح على انها يبقى مكاتبة بينهما **قوله** لان الوطئ لا يخلو عن احدى الغرامتين اي اما الحد واما العقر **قوله** وصار كلها مكاتبة له اي للاول **قوله** قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهدي اي منصور الماتريدي رح لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشائخ رح يبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة امر ضروري فلا يظهر في ما عدا تملك الاول نصيب الثاني فبقي العقد الاول كما كان *

(قوله)

وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ماينا

قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما

قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين انه يصادف ملك غيره

قوله وفي ابقائه في حقه اي في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى اي المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابة له **قوله** على ماينا اي في بيان قول ابي حنيفة رح **قوله** ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبة وهو قول ابي يوسف رح في مكاتب بين الشريكين اعتقه احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف رح نصف قيمته مكاتبا فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكاتبة ايضا وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا **قوله** لانه ضمان التملك لظهور آثار الملك فيه من حل الوطئ والاستخدام ونحوها فاما اذا اعتقه احدهما ولا كان هذا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر اثر من آثار الملك عندهما والولاء ليس من آثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير التضمين وعدمه فلم يكن ضمان الاعتاق ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاستيلاد فتحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة درهم فلهذا اوجبنا الاقل * (قوله)

والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور وعلى ما مر **قال** وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح هذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا * **قال** وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا رح لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها

قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر وذلك يكفي اثبات النسب دون التدبير الا يرى انه لو اشترى امة ودبرها ثم استحقت يبطل التدبير ولو استولدها ثم استحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا **قوله** على ما بينا اشارة الى ما ذكره في قول ابي حنيفة رح ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم يكن وبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال **قوله** لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة لان استيلاده كان عند قيام الكتابة ويصح استيلاد المكاتبة بالاجماع **قوله** وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا اشارة الى قوله اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة رح فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطي **قوله** والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن المشترك على الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة رح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع المعتق على العبد وفي الخيارات فان عند ابي حنيفة رح الشريك الساكت بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان عند ابي حنيفة رح ان شاء اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعا * (قوله)

كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار **قال** وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي العبد او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده

قوله كما هو مسئلة تجزي الاعتاق يعني كان مسئلة تجزي الاعتاق على الخلاف فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف ايضا فكان فيه اشارة الى ان الخلاف في هذه الاشياء الثلثة بناء على مسئلة تجزي الاعتاق وعدمه **قوله** وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمه الله كما ذكر الخلاف في المسئلة المتقدمة في رواية الجامع وفي الزيادات لم يذكر الخلاف اصلا فيكون هذه المسئلة المتاخرة على تلك الرواية ويحتمل ان يكون قول محمد رح في تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما ووجه الفرق ان الاعتاق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزي فيثبت العتق في الكل والعتق ينافي الكتابة ابتداء وبقاء بخلاف الاستيلاد لانه لاينافي الكتابة ابتداء فلاينافيها بقاء بالطريق الاولى كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار والقياس ان لايختلف باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا انا استحسنا وقلنا ان المعتق باشر السبب اي لما اعتق المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سببا لاتلاف نصيب صاحبه فاعرفه دون العلة فيكون هذا ضمان السبب بني على صفة التعدي ففيما اذا كان المعتق موسرا لابد من الاعتاق (لانه)

ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما ولا كان للآخر الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعي وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما *

لانه يتمكن من احراز الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فاذا اعتق المشترك يكون متعديا وفيما اذا كان معسرا ليس له لاحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعديا *

قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه اي باعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لانه كان قبل اعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال وكان لا يجبر على الاخراج الى المعتق فبعد اعتاق المعتق يكون المدبر مجبورا على الاخراج الى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا باكسابه **قوله** البيع واشباهه وهي الهبة والصدقة والارث والوصية **قوله** والاستخدام وامثاله وهي الاعارة والاجارة والوطئ **قوله** والاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال **قوله** واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لان هذا ضمان حيلولة لا ضمان تملك فانه بالاعتاق ازال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب **قوله** كما اذا غصب مدبرا وابق اي حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب فاذا وجده الغاصب فله ان يستسعيه **قوله** فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين فان قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب ان يضمنه ما بقي (من)

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان

من قيمته ناقصا فصار كما اذا سبق التدبير الاعتاق قلنا الاعتاق انما انعقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تعذر بقاء سببية الضمان على هذا الوجه فيبطل السببية اصلا الا يرى انه لو غصب مدبرا ثم ابق يضمنه ولو غصب قنا فدبره المولى ثم ابق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي انعقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي انعقدت *

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي اقل التاجيل نجمان اي شهران ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه انه حط عن مكاتب له اول نجم حل عليه اي اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية نجوما ومنه قوله التنجيم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوما واصل هذا نجوم الانواء لانهم كانوا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من اوقات السنة بالانواء **قوله** كامهال الخصم للدفع اي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة فانه يمهل ثلثة ايام **قوله** والمديون للقضاء فانه اذا اقر بدين وسأل ان يمهله ثلثة ايام ليحضر المال او ليبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن ادائه ولم يحبسه به * (قوله)

لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه موجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدة ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فينفسخ اذا لم يكن راضيا به دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى

قوله لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده ذكر فخر الاسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود احدهما وهذا امر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه كالمروي عن النبي صلعم **قوله** والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فيسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك ابو يوسف رح بقول علي رضي الله عنه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما يعارضه ما ذكره في الكتاب فيسقط الاحتجاج بها اي بالآثار المتعارضة لان الحد يثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة فبقي ما قالا من الدليل ان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به اونقول ان في حديث علي رضي الله عنه بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفي حق الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا الى قيام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه فان ذلك كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس **قوله** فان اخل بنجم عند غير السلطان اي غير القاضي * (قوله)

ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة و قضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند

قوله ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد بالمشترى عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالفسخ وجه هذه الرواية ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكامه فيشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشترى معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار في يده فاشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري بالمشترى عيبا بعد القبض وهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ كذا هنا **قوله** لانه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب وان عجز فللمولى **قوله** لا وجه الى الاول لعدم المحلية وذلك لان الميت ليس بمحل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز ان يستند الى حال حيوته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حيوته اثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء *

ولنا انه عقد معاوضة فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية

قوله ولنا انه عقد معاوضة احتراز عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد وللمولى المطالبة ببدل الكتابة وقضية المعاوضة المساواة ولا ينفسخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب **قوله** والموت انفى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت انفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا جاز ابقاء العقد مع اقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع ادنى المنافيين لا على الحاجتين اولى واحرى واما ما ذكره الشافعي رح من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكا لامواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيب ثم اصاب صار ملكا له وورث عنه والميت ليس باهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته واما بان تقام التركة الموجودة منه في آخر جزء من اجزاء حيوته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه * (قوله)

باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تودي الكتابة حالة او ترد رقيقا عند ابي حنيفة رح واما عندهما يوديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث من حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه

قوله باستناد سبب الاداء اي بسبب هو الاداء **قوله** لان الولد داخل في كتابته هذه النكتة تقتضي ان لا يعتق الولد المشترى الا ان عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب ان يعتق بجميع اجزائه فلذلك يعتق باداء الحال تحقيقا لمقصود العاقد بقدر الامكان **قوله** بخلاف سائر اكسابه فان المولى لا تصرف له في اكساب المكاتب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب **قوله** وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة اي يرثه ابنه وقيد بقوله كتابة واحدة احتراز عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولد ان كان منفردا بكتابة فاداها بعد الموت قبل قضاء مكاتبه او بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت اداء البدل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت ابيه فلهذا لا يرثه (قوله)

وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على مامر *

قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب

قوله وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحدة فانهما يعتقان معا ان اديا ويردان معا في الرق ان لم يوديا وقد عتق العبد في آخر جزء من اجزاء حيوته فيعتق الابن معه في تلك الحالة نيرته لذلك **قوله** وان مات المكاتب وله ولد من حرة اي معتقة وترك دينا وفاء بكتابته قيد بالدين لانه لو ترك عينا لايتاتى القضاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء في الحال **قوله** وان اختصم موالي الام يعني اختصموا بعد موت الولد فارثه بالولاء قبل اداء بدل الكتابة فقضى القاضي بالولاء لقوم الام يكون قضاء بعجز المكاتب وموته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لومات حرا لايجر الولاء اليه من قوم الام **قوله** لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا احترازعن المسئلة الاولى فان القضاء بالارش على قوم الام لايكون قضاء لهم بالولاء الذي يبتني على بقاء الكتابة في الاب وانتقاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبقاء الكتابة في الاب بل هذا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على احتمال ان يعتق الاب فينتقل الولاء وموجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش على قوم الام قضاء بفسخ الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم قد يكون بجهة اخرى غير الولاء كالكفالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفي المسئلة الثانية الاختلاف (وقع)

وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ مايلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا *

قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله تعالى عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا تطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب

وقع في الولاء مقصودا وذا ابتني على قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فانها لو لم تنفسخ وخرج من الدين وادبت الكتابة رجع عاقلة الاب بالميراث على عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث فقلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقض **قوله** هذا فصل مجتهد فيه فان الاختلاف بين موالي الاب وموالي الام في الحقيقة راجع الى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء فموالي الام زعموا انه مات عبدا وانفسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا وهو قول بعض الصحابة وموالي الاب زعموا ان الكتابة لم ينفسخ بموته عن وفاء فيؤدي الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء الينا وهو قول بعض الصحابة فاذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فنفذ بالاجماع وصيانة قضاء متفق عليه اولى من امضاء كتابته اختلف الصحابة في بقائها هذا اذا مات المكاتب عن وفاء واما اذا مات لا عن وفاء قال بعضهم ينفسخ حتى لو تطوع انسان ببدل الكتابة لا يقبل منه وقيل خلافه **قوله** لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه من التصرف في ملكه وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذ المكاتب هو الذي يتصرف فيه تصرف الاملاك لا المولى ثم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا بتبدل الملك للمولى **قوله** في حديث بريرة رضي الله عنها فانها اهدت الى رسول الله صلعم (ما)

وهذا عند محمد رح ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لاخبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي

ما اخذت من الصدقات وقال عليه الصلوة والسلام هي لها صدقة ولنا هدية *

قوله وهذا عند محمد رح ظاهر لان بالعجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى يملك اكسابه ملكا مبتدأ حتى لو آجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز يبطل الاجارة عند محمد رح لزوالها عن ملك الآجر وكذلك عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى في كسب المكاتب نوع ملك وبالعجز يتقرر ذلك ويتاكد الا انه لاخبث في نفس الصدقة وانما الخبث في اخذها لكونه اذلالا مع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامة لان بالصدقة يسقط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالالة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وفي يده شيء من الصدقة او وصل ابن السبيل الى وطنه وفي يده فضل من الصدقة او عتق المكاتب وفي يده شيء من الصدقة يطيب لهم وفي الاوضح ما بقي في يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند ابي يوسف رح لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده *

وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال *

قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير

قوله وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز اي فانه يدفع او يفدي **قوله** وان قضي به عليه في كتابته اي ان قضي بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته فهو دين اي قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب **قوله** ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد اي لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال في الحال اي من الرقبة الى القيمة فتوقف على القضاء او الرضاء وحاصله ان جناية المكاتب عندنا لا يصير مالا الا بقضاء او رضاء او بالموت عن وفاء وعند زفر رح يصير مالا في الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان يصير موجبه القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جنايات العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك والمانع هنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء **قوله** وسبب حق المرء حقه اي الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المرء حقه فيكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر *

(قوله)

الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك وكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا ابرئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراءه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء من نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم *

قوله الا ان الورثة يخلفونه اي بهذا القدر لا يتغير الحق كما اذا كان له دين على الرجال ومات رب الدين فورثته يخلفونه بالاستيفاء ويبرأ بالاداء اليهم حيث يبرأ اذا ادى الى المورث **قوله** ولا يصير ابراء عن نصيبه لانه لم يوجد الابراء نصا وانما جعلنا اعتاق الكل ابراء عن البدل اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم فانهم لا يملكون اعتاق المكاتب الا في ضمن ابرائه من كل بدل الكتابة ومن ضرورته ثبوت العتق بخلاف ما اعتقه احد الورثة فانا لو جعلناه ابراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق لا في كله ولا في جزئه فالحاصل ان المقتضي ما لم يكن مذكورا فقدر مذكورا لتصحيح المذكور شرعا كاعتاق جميع الورثة للمكاتب امكن تصحيحه بثبوت الابراء عن جميع بدل الكتابة اذ هو حقهم وقد جرى فيه الارث وان كانوا لا يملكون رقبة المكاتب ارثا بطريق اقتضاء فاثبتنا المقتضي لتصحيح المقتضى فاما البراءة عن بعض بدل الكتابة لا يكون مصححا للعتق اذ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا يثبت البراءة عن بدل الكتابة باعتاق بعض الورثة لا تنصيصا ولا اقتضاء *

(كتاب)

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف **قال** واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالعزم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلوة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه *

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب اي وصلة كوصلة النسب *

قوله الولاء نوعان اي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع وهو الذي يقع به التناصر نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة قال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله بالاسلام فانعمت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون سبب هذا الولاء اعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا والاصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق كذا في المبسوط **قوله** وقد احياه معنى لان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي الا يرى الى قوله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه فكان في معنى الولاد من حيث ان سبب حيوة الولد (انما)

قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح * **قال** واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه فى المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا فى العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا فى العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب انما هو الوالد فيرثه كهو فان قيل ينبغي ان يرث المعتق من المولى ايضا اذا لم يترك المولى عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد رح قلنا المعتق اجنبي عنه وقد جاء فى المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره *

قوله وان شرط انه سائبة عبد سائبة اي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب اي جري وذهب كل مذهبه اي اعتق رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل **قوله** واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يورث وكذلك المدبر لا يورث فيعتق على ملكه ايضا **قوله** لانه عتق على معتق الام مقصودا وانما قلنا انه صار معتقا مقصودا لان الجنين هو جزء من الام والمولى اوقع العتق على جميع اجزائها مقصودا فيكون معتقا للجنين الذي هو جزؤها مقصودا ايضا كذا ذكره شيخ الاسلام رح **قوله** او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر اي بيوم مثلا والآخر بعدها * (قوله)

لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له

قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا

فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب لان العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه تنسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام

قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا لا يمكن ان يجعل تابعا لغيره فى الولاء عليه **قوله** لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فكان تابعا فى الولاء فيجعل تابعا للاب لان الاب هو الاصل فى الولاء لكونه بمنزلة النسب **قوله** بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين وفي بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لاقل من سنتين بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا وقد مر في كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعي اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقننا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لاقل من سنتين لايكون رجعة بالشك لانه لو حمل على وطئه فى العدة يصير مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا والمراجعة لم يكن فلا يثبت بالشك *

(قوله)

وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطئ وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رح قال رضي الله عنه وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان

قوله وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت صورته في فصل الموت ان كان مكاتبا مات عن وفاء او ولد مولود في الكتابة وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد لاكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل المذكور فيها فالظاهر انه وقع من الكاتب **قوله** وكانوا مجبورين على ذلك اي قوم الام كانوا مجبورين على اداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك يرجعون **قوله** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحا كذا في المغرب وصورة المسئلة ان الحر العجمي الذي ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة لاحد او لم يكن كذا في الزاد وشرح الاقطع وفي الفوائد الظهيرية هذه المسئلة على وجوه ان زوجت نفسها من عربي فولاء الاولاد لقوم الاب في قولهم لان الشرف بانساب العرب اقوى وان زوجت نفسها من اعجمي له (اباء)

ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابوحنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابويوسف رح مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب

اباء في الاسلام فولاء الاولاد لقوم الاب عند ابي يوسف رح بلا ريب وعلى قولهما اختلف المشائخ حكى عن ابي بكر الاعمش وابي بكر الصفار رحمهما الله انه لقوم الاب وقال غيرهما لقوم الام وان زوجت نفسها من رجل اسلم من اهل الحرب والى احدا ثم او لم يوال فهي مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبد او مكاتب فولاء الولد لموالي الام اجماعا الا اذا عتق العبد فيجر الولاء *

قوله ولاء العتاقة قوي معتبر وفي المبسوط ولاء العتاقة معتبر في حق الاحكام من حيث الكفاءة ومن حيث ان يقدم على ذوي الارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد الوقوع وفي الموالاة انعكس هذه الاحكام وهذا لفقه وهو ان الحرية والنسب في حق العجم ضعيف بدليل ان حريتهم يحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا العجم ضيعوا انسابهم الا يرى ان تفاخرهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء **قوله** نبطي كافر تزوج بمعتقة نبطي جيل من العراق كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة اذ المسلمة لا يكون تحت الكافر بعقد النكاح وغير الكتابية من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج كذا ذكر الجباري رح في فوائده *

(قوله)

فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان ابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر **قال** وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنه على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى من المعتق لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام *

قوله فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية لم يجر عليها نعمة عتاق ومعنى هذا ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا كانت عربية فلو انتسب الولد الى قومها انما ينتسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف جدا فكذلك بواسطة الام الى ابيها حتى يستحق العصوبة بمثل هذا النسب كذا في المبسوط **قوله** هو اخوك اي في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم **قوله** فان شكرك اي بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه ابتدءت الى ما بدت اليه في الشرع قال عليه السلام من ازلت اليه نعمة فليشكرها **قوله** وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة **قوله** وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله** تقدم على ذوي الارحام لان النبي صلى الله عليه وسلم قدمه على الرد حيث ورث ابنة حمزة وما رد الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوي الارحام **قوله** بدليل الحديث الثاني وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق *

(قوله)

قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلعم وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قد مناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب

قوله تاويله يعني تاويل قوله فميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب ولا صاحب فرض ذي حال اي له حال فرض لا غير اما اذا كان صاحب فرض له حال تعصيب ايضا لا شيء للمعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة **قوله** لبيت النسبة اي لقبيلة هو منسوب اليها **قوله** وصورة الجر قد مناها وهي ما ذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وصورة جر ولاء معتقهن تزوج عبد امرأة باذنها بمعتقة قوم فولدت منه اولادا فولاء الولد يكون لموالي الام فلو ان المرأة اعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد الى نفسه وجرت هي ذلك الى نفسها وصورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا واعتقته ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولدا فولاء الولد لموالي الام فلو ان المعتق اعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده ثم جر المعتق الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المرأة ذلك الى نفسها **قوله** بخلاف النسب اي لا ينسب الولد الى الام يعني ان ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من (الرجل)

لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رح لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب *

الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة فلا يعارض المالك في استحقاق النسب اما الرجل والمرأة في نسبة العتق على السواء *

قوله لان الولاء لا يورث اي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه بالارث لكان للذكر مثل حظ الانثيين كما في سائر المواريث ولكن يجري فيه الخلافة والخلافة انما يتحقق لمن يتحقق به النصرة والنصرة انما يكون بالابن دون الابنة الا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة عند تحمل الارش لعدم النصرة منهن وعن شريح رح انه يورث كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصب وبه قال الشافعي رحمه الله وفائدته يظهر ان ميراث المعتق بالولاء ولانه للذكر اثر من آثار الملك فكانه يزول بالعتق بعض الملك ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان النبي عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب ولان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي مملوكية عنه فكيف يكون الولاء جزاء من الملك كذا في المبسوط **قوله** حتى يرثه دون اخيها لما ذكرناه اي انه اقرب في العصوبة الا ان جناية المعتق على اخيها لان الميراث بالعصوبة والابن اقرب العصبات فاما عاقلة المعتق قبيلة مولاه واخوها من قبيلتها لانه من قوم ابيها فاما ابنها ليس من قوم ابيها **قوله** لان الولاء للكبر اي لاكبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا كذا في المغرب * (فصل)

فصــــــل في ولاء الموالاة

قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث

فصــــــل في ولاء الموالاة

صورته ان يقول مجهول النسب للذي اسلم على يديه او لغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى وله شرائط منها ان يكون من غير العرب لان العربي له نصرة بنفسه اي قبيلته وذلك آكد من نصرة الموالاة ومنها ان لا يكون معتقا ومنها ان يشترطا الميراث والعقل ومنها ان يكون لم يعقل عنه غيره ومنها الاسلام على يده عند البعض والصحيح ان ذا ليس بشرط *
قوله فميراثه للمولى اي للمولى الاعلى واذا مات الاسفل والاعلى ميت فميراثه لاقرب الناس عصبة الى الاعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الذخيرة وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء اي ليس بشيء موجب للارث والعقل **قوله** ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم يعني نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ما سبق في ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون كان المراد من ذلك بيان (النصيب)

في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق **قال** وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة *

قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

النصيب على سبيل الاستحقاق ارثا لا على سبيل القربة والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله عقدت ايمانكم القسم بل المراد الصفقة فان العادة ان المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما يمين صاحبه اذا عاقده ويسمى العقد صفقة لهذا وذكر في المبسوط البكري ان الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث مطلقا من غير فصل بين ان يكون للميت وارث اخر اولم يكن الا انه نسخ في حق من كان له وارث اخر بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولا ناسخ في حق من لا وارث له فبقي داخلا تحت ظاهر الآية *

قوله في الحالين هاتين اي في محياه عقلا وفي مماته ارثا **قوله** ولا بد من شرط العقل والارث لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرطا الارث من الجانبين كان كذلك ويتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يورث الاعلى من الاسفل لان سببه الاحياء وذا وجد من الاعلى في حق الاسفل لا من الاسفل في حق الاعلى وهنا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم **قوله** لان تناصرهم بالقبائل فان قيل ان التناصر حكمة وهي لا يراعي في كل فرد وانما يراعي في الجنس كما في الاستبراء فان الحكمة فيه فراغ الرحم وانها يعتبر في الجملة لا في كل فرد حتى لا يجب الاستبراء (في)

الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة *

قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد *

قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى *

في من اشترى من امرأة او اشترى امة صغيرة قلنا التناصر علة لا حكمة فان قيل العلة لا بد ان يكون موجودة والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد قلنا التناصر يكون موجودا الحالة تحقيقا او تقديرا لقيام سببه *

قوله الا انه يشترط في هذا اي في فسخ عقد الموالاة **قوله** كما في عزل الوكيل قصدا اي عزل الوكيل قصدا لا يجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذا للمولى الاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من الاول في ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للاعلي والاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصدا كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصدا فان قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا ينصور ثبوته من غيره فكذا الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول **قوله** وكذا لا يتحول ولده اي لا يتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تاكد بعقل الجناية وتاكد التبع بتاكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنايته فكذا ليس لولده اذا كبر والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان اولصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلک انمايكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلک تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلک بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل *

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان ملجيا والا لا يفسد ولا يزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويوجر اخرى وهو آية الخطاب وفي المبسوط ثم في الاكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما اكره عليه ومعنى فيما اكره به فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ما هدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلک فاكراهه هذيان وفي المكره ان يكون خائفا على نفسه من جهة المكره في ايقاع ما هدد به عاجلا لانه لا يصير ملجأ محمولا طبعا الا بذلک وفيما اكره به ان يكون متلفا او مزمنا او متلفا عضوا او موجبا لما ينعدم الرضاء باعتباره وفيما اكره عليه ان يكون المكره ممتنعا عنه قبل الاكراه اما لحقه او لحق آدمي آخر او لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم (و)

قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوت الرضاء وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك

والاصل ان تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس اي المديد منه ففعل فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضاء والرضاء شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض فان قيل الآية وان اثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي قلنا البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي والاصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضاء فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات قلنا اول الآية لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف (١)

ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه

التراضي وهو الكره وهذا كقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء وفي المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى انه اكراه ابطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس *

قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلفا في محله اذ الكلام فيه والفساد لفقد شرطه وهو التراضي اذ تاثير فوات شرط الجواز في افساد العقد كما في الربوا فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين واشباهه قلنا بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث انه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فمن حيث انه يشبه البيع الموقوف ففي اي وقت اجازه المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متى اظهرنا شبه الموقوف في حق المالك ولم يوجد الملك بعد القبض لا يبقى لشبه الفاسد (عمل)

ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشائخ سمرقند رح جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه *

عمل فيتعطل العمل بالشبهين فان قيل بيع المكره دون البيع بشرط الخيار فالبائع هناك رضي بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وهنا البائع غير راض باصل السبب قلنا البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاؤه به قبل الشرط فكان اضعف من بيع المكره لان المكره راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما فكان قاصدا مختار الكن لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه *
قوله ومن جعل البيع الجائز المعتاد اي بسمرقند ونواحيها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا بمالك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي **قوله** ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لان المتعاقدين وان سميا بيعا ولكن غرضهما الرهن والعبرة في العقود للمعاني فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة وهبة الحرة نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة باجر اجارة ولما كان هذا كالرهن في يد المرتهن لا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك من غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام وكان السيد الامام ابو شجاع على هذا واوصى بنيه عند موته بهذا وحين قدم القاضي الامام علي السغدي رح من بخارا بسمرقند فاستفتى بهذا فكتب انه رهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم في زمانهم الا بعض الشاب وكان ضعيفا وسئل القاضي الامام الحسن الماتريدي رح عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استاجرها من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزم (الاجرة)

قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع فى الاكراه على الهبة دون البيع *

الاجرة فقال لا لانه عندنا رهن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الاجر بهذه الاجارة فكذا هذا ثم ممن يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدر الشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين رحمهم الله لان الفساد باعتبار فوت الرضاء فصار كبيع المكره ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل وثمّ اذا تواضعا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهازل مختار راض مباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبدا وانعقد العقد فاسدا غير موجب للملك كخيار المتبايعين ابدا ومشائخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه وفى الكافى للنسفي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظة البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ فى البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك فى البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس *

قوله وفى البيع بالعقد على ما هو الاصل يريد به ان الاصل فى البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض او الاجازة من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراها على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وذا دليل الاجازة اما الهبة فى اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شئ يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد (قوله)

قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد *
قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم *

قوله وان قبضه مكرها اي ان قبض الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لان الثمن كان امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان امانة قوله لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف اي وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان الغير لا يصح فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن وقت سبب الضمان قوله وان ضمن المشتري اي احد المشترين نفذ كل شراء كان بعد شرائه لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان قبله لان استناد ملك المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها فانه ينفذ ما قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه وقد اسقط حقه فيعود الكل جائزا وبخلاف ما اذا اجاز المالك في بيع الفضولي واحدا من الاشرية حيث يجوز ما اجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة فابطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد باع ملكه اذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك فاذا اسقط نفذ الكل والله اعلم (فصل)

فصـــل

وان اكره على ان يأ كل الميتة اويشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او بضرب اوقيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه اوعلى عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراها ولاضرورة الا اذا خاف على النفس اوعلى العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ماتوعدبه فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأ كل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لايأثم لانه رخصة اذالحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لارخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى اول الاسلام اوفى دار الحرب *

قال وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او بحبس اوضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه اوعلي عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته اشد اولى واحرى **قال** فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به

فصـــل

قوله وعن ابي يوسف رح انه لاياثم لانه رخصة اذالحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة فالاصل عند ابي يوسف رح ان الاثم ينتفي عن المضطر ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا اثم عليه وقال فمن اضطر فى مخمصة (غير)

ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يأثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ الآيه ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة

غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وبالضرورة لايزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثم بالعزيمة وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لايتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة اويقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبت الاباحة في حالة الضرورة لم يكن رخصة وكان امتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فنعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام اودار الحرب *

قوله ويوري من التورية وهو ان يظهر خلاف ما يضمر **قوله** لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به روي ان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلعم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله صلعم قال ما وراك قال شر ما تركوني حتى نبلت منك وذكرت آلهتهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال اجده مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النبل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لايظن برسول الله عليه السلام انه يأمر احدا بالتكلم بكلمة الشرك **قوله** لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك وقصته ان المشركين اخذوه وباعوه من اهل مكة فجعلوا (يعا)

بخلاف ما تقدم للاستثناء **قال** وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال زفر رح يجب على المكره وقال ابو يوسف رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر رح ان الفعل من المكره حقيقة وحسا

يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا عليه السلام وهو يسب آلهتهم ويذكر محمدا عليه السلام بخير فاجمعوا على قتله فلما اتقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي ركعتين فاوجز صلاته وقال انما اوجزت لكيلا تظنوا اني اخاف القتل ثم سألهم ان يلقوه على وجهه ليكون ساجدا حتى يقتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء وقال اللهم اني لا ارى ههنا الا وجه عدو فاقرأ رسول الله عليه السلام مني السلام ثم قال اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم مددا ولا تبق منهم احدا ثم انشأ يقول (شعر)

* ولست ابالي حين اقتل مسلما * * على اي جنب كان لله مصرع *

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله عليه السلام افضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة فهذا مبني على ان الامتناع افضل *

قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء يعني قوله تعالى اِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ اِلَيْهِ واول الآية وما لكم ان لا تأكلوا الآية اي واي شيء عرض لكم في ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم مما لم يحرم بقوله قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية وقوله حرمت عليكم الميتة والدم اقوى وقد فصل لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل الا ما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان (الاستثناء)

وقررالشرع حكمه عليه وهوالاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغيرلانه سقط حكمه وهوالاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رح في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب فى هذا حكم المباشرة عنده كما فى شهود القصاص ولابي يوسف رح ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصيرآلة للمكره فيما يصلح آلة له وهوالقتل بان يلقيه عليه

الاستثناء من التحريم اباحة وامتناعه من التناول حتى يتلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة فى الميتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحة لا رخصة وهنا من الغضب فينتفي الغضب فى المستثنى ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر فى الكشاف من كفربالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الامن اكره فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله *

قوله وقررالشرع حكمه عليه وهوالاثم اي انه يأثم اثم القتل واثم القتل على من باشرالقتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسا فاذا تحقق منه الفعل يؤاخذ بفعله الااذا سقط حكم فعله واضيف الى غيره شرعا كما فى الاكراه على اتلاف مال الغيرفانه سقط حكمه وهوالاثم واضيف الى غيره وهنا لم يسقط فيتقرر عليه **قوله** وللتسبيب فى هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما فى حد قطاع الطريق يجب على الردء الولاء بالتسبيب وكما فى شهود القصاص عنده فان الشاهدين لوشهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده **قوله** نظرا الى الحمل اي الاكراه **قوله** ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوته فيصيرآلة للمكره وذلك لان الآلة هي التي تعمل بطبعها (كالسيف)

ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول فى الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا **قال** وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر فى الطلاق **قال** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير

كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال فى محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففي الجري على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له *

قوله ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه لانه اكرهه على ان يجني على دينه ولو انتقل ذلك الى المكره لتحقق خلاف المكره وبطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول **قوله** كما يقول فى الاكراه على الاعتاق يعني الاعتاق مقصور على المكره من حيث التلفظ به وحصول العتق فى المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا للمالية وكذا اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسي فى حق الذكوة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آلة للمشير فى حق الاتلاف دون الذكوة لان الحرمة يحتاط فيها **قوله** لان السعاية انما يجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة رح فان المستسعي كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما انما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظير له فى الشرع وقوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض بعتق عبده (و)

ولم يوجد واحد منهما ولايرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه *

قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه موثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة

وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن *

قوله ولم يوجد واحد منهما ولا يلزم على قولهما اعتاق السفيه المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق المحجور نظرا له ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه غير محجور **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تاكد بالدخول اي لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه لا مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المهور وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه الا ترى ان ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيئا ولهذا لا يوجب على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحة الغير **قوله** ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا ونفذ تصرف الوكيل والقياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما ينفيان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل *

(قوله)

ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام **قال** وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود

قوله ويرجع على المكره استحسانا اي يرجع المكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكره استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصوده فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه حتى لو اكره بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا ما شيا يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان اكرهه على اليمين بشيء من ذلك او بغيره لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات الرضا واثره في عدم اللزوم واثره في حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه اثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه **قوله** لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطلب به فيها وذلك لانه اوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالزام فلو اوجبنا عليه الضمان لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز **قوله** الا ان يكرهه السلطان اي حينئذ لا حد (على)

قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان مالم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

على المكره اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر واما في قوله الاول يجب الحد على المكره اذا زنى وان كان المكره سلطانا وهو قول زفر رح ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره سلطانا *

قوله فالقول قوله استحسانا قيد به لان في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق ويستوي في ذلك الطائع والمكره ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما يقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا يقع الفرقة **قوله** ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت على امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه اكره على انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن اقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به كذبا لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمله لفظه **قوله** وحكم هذا الطائع ما ذكرنا اشارة الى قوله بانت منه حكما لا ديانة **قوله** ولو قال اردت ما طلب مني اي الانشاء وقد خطر ببالي الخبر عن ماض بانت منه ديانة (قضاء)

وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لاديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله اعلم *

وقضاء لانه بعد ما خطر بباله قد تمكن من الخروج مما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل ذلك وانشاء الكفر كان بمنزلة من اجرأ كلمة الشرك طائعا وذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر كاذبا يمكنه التخلص عما اكره عليه باقل مما اكره عليه وهو الاخبار عن الكفر في الماضي كاذبا دون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كاذبا في الماضي كفر في القضاء واما في ما بينه وبين ربه فليس بكفر ومتى امكن للمكره دفع ما اكرهه عليه باقل مما اكره عليه فان ياتي بالزيادة يجعل طائعا في الزيادة لانه لاحاجة الى الزيادة فقد انشأ كفرا طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكنه دفع الاكراه الا بعين ما اكرهه عليه ويجعل مكرها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه وهو الوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر ببالي شئ لكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لم يخطر بباله سوى ما اكره عليه فكانت الضرورة متحققة ومع تحقق الضرورة يرخص له في اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان *

قوله وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب اي على السجدة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لاديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لانه يمكنه دفع ما اكره عن نفسه لانه لما خطر بباله شتم محمد غير النبي قد وجد مخرجا عما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمدا النبي عليه السلام (كان كافرا)

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملک رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا اوقع الفرق *

كان كافرا وان وافق المكره فيما اكرهه لانه وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلي به فكان غير مضطر في موافقته ومن شتم محمدا النبي من غير اضطرار كان كافرا قال في المبسوط وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب اوسب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منكوحته لا قضاء ولا ديانة لانه فعل مكرها لانه تعين ما اكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذا لم يخطر بباله غيره *

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنعه من القبائح قال الله تعالى هَلْ فِيْ ذٰلِکَ قَسَمٌ لِّذِيْ حِجْرٍ اي لذي عقل وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون فالله تعالى خلق الورى على تفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فاثبت الحجر على هؤلاء نظرا فلا يجوز تصرف الصغير اي لا ينفذ * **قوله** ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب اي الذي لا يفيق اصلا **قوله** بحال اي في جميع الاحوال **قوله** كيلا يتعطل منافع عبده يعني لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وكذا الشراء فيلحقه ديون فيأخذ ارباب الديون اكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منافعه (قوله)

قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولابد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع

قوله ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده المراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد وبقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بعكسه وبقوله ويقصده ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة في تصرف هؤلاء ولابد ان يعقلا البيع ليتحقق ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم في البيع اما الشرى فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر قلنا الشرا اذا وجد نفاذا على المباشر ينفذ عليه كالفضولي اذا اشترى مال انسان لآخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون او لضرر المولى كما في العبد فيتوقف **قوله** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشرى واوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يمكنه الطلاق **قوله** لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة فانه اذا قتل انسانا او قطع يده او اراق (شيئا)

والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه

شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والقطع والاراقة كالعدم لانه يودي الى ان لا يكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولا ومقطوعا ومراقا وهو دخول في السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع اما الانشاآت فظاهر اذ التطليق والاعتاق والبيع والهبة ونحوها لا يوثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع واما الاخبارات كالاقارير والشهادات فموجبها عرفت شرعا لانها دلالات على المخبر عنه فيجوز ان لا يقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها *

قوله والقصد من شرطه اي القصد شرط اعتبارها موجودة اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فالنائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه يضمن وان عدم القصد الا اذا كان القصد فعلا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل **قوله** الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات استثناء من قوله لانه لا مرد لها **قوله** ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة اي لا وقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد (العلم)

والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على مابيناه **قال** فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجنايته لان نفاذه لايعري من تعلق الدين برقبته اوكسبه وكل ذلك اتلاف ماله **قال** فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولايلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم بالصواب *

العلم بتباين اخلاقهما وتنافر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر العقود لامكان وقوفه على المصلحة *

قوله والحائط المائل بعد الاشهاد الحائط اذا تلف به شيء يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه **قوله** بخلاف القولي على ما بيناه اي من ان القصد من شرطه **قوله** لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم لان الحدود والقصاص من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لايصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا المبقي على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار بالمال لان النص لم يتناوله اذ اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على الحد دفعا للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض **قوله** وينفذ طلاقه لما روينا اراد به ما ذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والله اعلم بالصواب *

(باب)

باب الحجر للفساد

قال ابوحنيفة رح لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رحمه الله

باب الحجر للفساد

اعلم ان الحجر عند ابي حنيفة رح على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رح يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر به اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف فى النفقة وان يتصرف بتصرفات لا لغرض اولغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللاعبين وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارة من غير محمدة واصل المسامحة فى التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف فى الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا *

قوله يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة بان يحرق ماله اويلقيه فى البحر وما اشبه ذلك

قوله ولهذا منع عنه المال اجمعوا على انه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع منه عند ابي حنيفة رح وعندهما دام المنع مادام السفه *

(قوله)

انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى

قوله لانه مخاطب في هذا الوصف اشارة الى اهلية التصرف لان التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جريا على موجب التكليف والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتمليك والتملك وبالعقل يثبت اهلية التمييز والشرع جعل الرشد سبيل من التصرفات تمليكا وتملكا لهذا المعنى وانه موجود في حق السفيه لانه مكلف عاقل كالرشيد فكان بسبيل منه **قوله** فلا يتحمل الاعلى اي الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة اصلية لان الآدمي انما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات **قوله** كالحجر على المتطبب الجاهل فانه يسقي الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك اولا يعلم **قوله** والمفتي الماجن الماجن الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب كذا في المغرب وفي الذخيرة المفتي الماجن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة بان يعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما فضرر هذا متعد الى العامة **قوله** والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكرا ويواجر الابل وليس له ابل ولا غيرها يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو ما اخذ منهم في حاجته واذا جاء اوان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب اموال الناس وربما يصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعد ايضا والحاق الضرر الخاص لدفع ضرر العام جائز اما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعد بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر (في)

ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد **قال** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضى عليه

في حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى للسفيه وليا قوله تعالى فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من اهل التأويل * **قوله** ولا يصح القياس على منع المال هذا جواب من قولهما ولهذا منع عنه المال اي اذا بلغ سفيها يمنع عنه المال بالاتفاق **قوله** لان الحجر ابلغ منه في العقوبة اي لان الحجر عن التصرف ابلغ من منع المال من يده في العقوبات لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة اصلية فبيان جواز الحاق ضرر يسير وهو المنع عن المال بتفويت نعمة زائدة لا يستدل على جواز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية **قوله** لانه عاجز عن النظر لنفسه يعني ان الصبي لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة الى صيرورة الغير وليا له فيصير الصبي موليا عليه والمولى عليه لا يلي التصرف اما السفيه فقادر على النظر لنفسه لانه اعطي له آلة القدرة من العقل والبلوغ وان كان يعدل عن سنن العقل **قوله** ومنع المال مفيد هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد **قوله** لان الحجر منه فتوى هذا جواب عما يقال تصرف المحجور بالسفه بحكم القاضي ينبغي ان لا ينفذ اصلا عند ابي حنيفة رح ولا يكون لقاض آخر ان يبطل الحجر لان القضاء الاول لاقى محل الاجتهاد فلا يقبل النقض لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى وليس بقضاء وهو على قول محمد رح ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسدا لماله وعند ابي يوسف رح وان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه يثبت بقضائه مالم يكن ثابتا ولكنه فتوى من وجه لانه لم يوجد شرائط القضاء وهو المقضي له والمقضي عليه (و)

ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا و عشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصباء ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم الدفع

والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض وجرت الخصومة بينه وبين عاقده فقضى القاضي عليه بابطال التصرف وصحح الحجر فانه يصير متفقا عليه فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع ام الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقا عليه لانه فتوى وبعد الخصومة صار متفقا عليه *

قوله ولو كان قضاء يعني ولئن سلمنا ان حجر القاضي قضاء بان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر ما ثبت الا نظرا له والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه فاذا وجد المقضي له والمقضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفا فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء **قوله** ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التأديب يعني ان منع المال عنه على طريق مشائخنا ثبت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حده عندنا لانا نقول انما كان كذلك لكونه تابعا لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصودا بنفسه **قوله** الا ترى انه يصير جدا في هذا السن وذلك لان ادنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر (لان)

ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابوحنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصباء ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفير الفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز

لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ثم يبلغ ابنه باثنتي عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فرضنا مقام الابن البنت تصير جدة في اثنتين وعشرين سنة لان ادنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه اصلا فكان الجد متناهيا في الاصالة فاذا لم يونس رشده في سن تناهت اصالته عرفنا انه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب في حق ماله *

قوله ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ لان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصباء وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصباء وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال لبه فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثماني عشرة سنة فقدرنا مدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا **قوله** دائر بين الضرر والنظر لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان ففي ابقاء الملك له نظر وفي اهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح احد الجانبين منه الا بقضاء القاضي توضيحه ان السفه ليس بشيء محسوس (و)

لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصباء وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبده نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح لاينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق ممالا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لاينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لايصح من الرقيق فكذلك من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لايجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ماعهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته

وانما يستدل به بان يغبن في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهدين فاذا كان محتملا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي *

قوله لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه والفرق لمحمد رح بين حجر السفيه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو ان حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فاشبه الجنون وثم ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا واما الحجر بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لايتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه فيعمل حجره فاما الغريم فلا ولاية له فلايجوز حجره **قوله** لان السفيه في معنى الهازل فان قيل ان السفيه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا اعتق عبده لايجب السعاية على العبد فينبغي ان يكون السفيه كذلك قلنا الحجر على السفيه للنظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور **قوله** والاصل عنده اي عند الشافعي رح ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ (بعد)

الا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولوجاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل *

قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة

بعد الحجر شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق ووجهه ان السفه لا يزيل الخطاب ولا يخرجه من ان يكون اهلا لالتزامه العقوبة باللسان باكتساب سببها او بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما ان بالرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه قلنا لا يجوز ان يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه حتى ان فيما لا حق للغير فيه يكون نافذا كاقراره بالحد والقصاص *

قوله الا انه لا تجب السعاية مستثنى من قوله فيعتبر بحقيقته اي بحقيقة اعتاق المحجور بسبب السفه يجب السعاية ولا يجب السعاية على مدبره في التدبير ما دام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لما بقي على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينا تعذر ايجاب نقصان التدبير عليه الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولا يجب المال **قوله** ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل المريض المديون اذا ادعى ولد جاريته اي قال لامته هذه ام ولدي ان كان معها ولد لا تسعى في قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت (في)

اوكل يوم واحدة لما بينا **قال** ويخرج الزكوة من مال السفيه لانها واجبة عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لايبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لابد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف اونذر اوظاهر حيث لايلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولاكذلك ما يجب ابتداء بغير فعله **قال** فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه

في جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير فكذلك في دفع حكم الحجر من تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لاشاهد لها هنا فاقراره لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى في قيمتها بعد موته كمالو اعتقها *

قوله اوكل يوم واحدة يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة احتج ابو حنيفة رح انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لاينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق بان يتزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ المرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق انا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا اضر له من اتلاف ماله بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق بطلاق **قوله** بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لان يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان او غصب غاصب من يده وهوما كان يعطيه فله ان يكفر بالصوم * (قوله)

ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي **قال** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له *

قوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا وفي القياس لا يعطي له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا **قوله** ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف القارن يلزمه هدي ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه افضل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزيه الا بدنة وهي بقرة او جزور فهو اذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف واخذ بالاحتياط في امر الدين واراد ان فعله اقرب الى فعل رسول الله عليه السلام فلا يمنع عنه **قوله** وقد اونس منه نوع رشد وهو الاصلاح في المال فتتناوله النكرة المطلقة وهي في قوله تعالى وان آنستم منهم رشدا والنكرة في موضع الاثبات يخص واذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ولان الرشد في المال مراد اجماعا فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا يعم النكرة المطلقة اولان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين **قوله** بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات فان قيل ينبغي (ان)

فصــــل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطي فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر سنة ويتم له ثمانية عشر سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الامع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية في ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشر سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتبي وهذا اقل ماقيل فيه فبني الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة

ان لا يحجر لان النبي صلى الله عليه وسلم ماحجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات قلنا لما الحق المغفل في التجارة بالسفيه بدلالة النص اذ الحكم في السفيه ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لم يعارضه خبر الواحد والله اعلم بالصواب *

فصــــل في حد البلوغ

قوله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشر سنة فقد بلغا وفي الكافي للعلامة النسفي والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشر سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وعليه الفتوى **قوله** وهذا اقل ماقيل فيه اي في الرشد وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة **قوله** فبني الحكم عليه للتيقن (به)

ريب

لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة **قال** واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه لايعرف الامن جهتهما ظاهرا فاذا اخبرابه ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض *

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لاعن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لايضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجي ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما منعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه *

به فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة سنة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لا بد وان يمتد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه فكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليه فيبنى الحكم عليه *

قوله لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة اي زدنا سنة في حق الغلام لتوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوي مزاجه **قوله** واذا راهق الغلام والجارية يقال رهقه اي دنا منه رهقا ومنه اذا صلى احدكم الى سترة فليرهقها وصبي مراهق مدار للحكم كذا في المغرب والله اعلم بالصواب *

باب الحجر بسبب الدين

قوله لانه عساه يلجي ماله بان يواضع احدا على ان يقرله بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء او يبيع ماله تلجئة من عظيم لايمكن الانتزاع من يده (قوله)

قال ويباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا **قال** وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب من الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس *

قوله كما في الجب والعنة المجبوب اذا ابى ان يفارق امرأته ناب القاضي منابه في التفريق والعنين بعد مضي المدة اذا ابى ان يفارق امرأته ناب القاضي منابه ايضا في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين الى آخره هذا جواب عما قالا البيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين باي طريق شاء واراد لا لاجل البيع كما زعما كيف ولو صح البيع من القاضي مال المديون لكان الحبس اضرارا في حق الدائن بتاخير حقه الى زمان تحقق امتناع المديون من البيع وفي حق المديون بتعذيب الحبس فوجب ان لا يكون مشروعا اذ حبس المديون ما شرع الا لنفع الدائن والحبس مشروع اجماعا فدل ذلك على انه ليس للقاضي ولاية البيع وهذا لا ينقلب (لان)

قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لامرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر

قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء *

لان حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لايشتمل على ضرر الدائن بتاخير حقه لان للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي وفي الذخيرة فمن مشائخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لان من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بافلاسه اولا ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يكون يقضي عليه بالافلاس لايصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حالة الحيوة لا يتحقق فلايمكنه القضاء بالافلاس اولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفه رح كون الحجر متضمنا لالحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس والدليل لابي حنيفة رح ايضا في اثبات مذهبه قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارةً عن تراضٍ منكُمْ وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال عليه السلام لايحل مال امرء الابطيبة نفس منه ونفسه لاتطيب ببيع القاضي ماله عليه فلاينبغي له ان يفعله عملا بهذا الظاهر والمعنى فيه ان بيع المال غير مستحق عليه فلايكون للقاضي ان يباشر ذلك عند امتناعه كما ان القاضي لا يواجره ليقضي دينه من اجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضي لا يزوجها ليقضي الدين من صداقها *

قوله بخلاف متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير (في)

قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى *

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي *

في حال الحجر يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مردّ له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة شهدوا على الاستقراض او الشرى بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر *

قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم اخرجه وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء **قوله** والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح وقال بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا الى الجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فضل منه تصرف ذلك اليه والاصح انه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه **قوله** ولا يحول بينه وبين غرمائه لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان فوجه التمسك به وهو ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله * (قوله)

قال ويأخذون فضل كسبه يقسمه بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم *

قوله وصار كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع انه عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانقطاع المسلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري بالافلاس عن تسليم (العين)

كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة و فى الشرع فك الحجر و اسقاط الحق عندنا و العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز و انحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه و ذلك مال المولى فلابد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه

العين بوجب حق الفسخ للبائع وان لم يكن العين مستحقا بالعقد ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد اذ المستحق بالعقد وصف فى الذمة وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز ان يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد و بخلاف السلم لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم اعطي له حكم الدين الواجب فى الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك *

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق حق الغير بها وانه بالاذن اسقط حقه فعاد متصرفا لمالكيته الاصلية واهليته لنفسه وهذا لانه اهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا الصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق فصلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا تخرج من ان يكون بشرا الا ان ذمته ضعيف بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن (التصرف)

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رآى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم

التصرف لحق المولى كيلا يبطل حقه بلا رضاه فقد اسقط حقه فعاد العبد متصرفا لمالكيته الاصلية وفي الذخيرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكيته الاصلية لان تصرفات العبد يبتني على الشراء لان اول تصرف يباشره العبد بعد الاذن في التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في حقه وهو ذمة بايجاب الثمن فيها لان الثمن يجب في ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد بحيث لو امتنع عن ادائه في الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان اكذبه المولى واذا ثبت ان محل الشراء خالص حقه كان الشراء حقا له وهذا المعنى تقتضي نفاذ تصرفاته في الاحوال كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لا لنفاذ تصرف العبد وصحته بل لمعنى آخر وهو ان يصير المولى راضيا بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا ينفك عن شغل رقبة العبد وكسبه وهو معنى ما قال وانحجاره عن التصرف اي قبل الاذن لحق المولى * **قوله** ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته **قوله** ولهذا لا يقبل التاقيت اثر كون الاذن اسقاط الحق **قوله** لان الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لا لان الساقط يعود **قوله** فيعاقده فيتضرر به اي فيما اذا لحقته ديون ثم قال المولى ليس بمأذون يتاخر الديون الى ما بعد العتق (ولا يدري).

قال واذا اذن المولى لعبده فى التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك فى التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشتري بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

ولا يدري متى يعتق وهل يعتق ام لا فيكون فيه اتواء حقهم فاذا رآه يبيع ويشتري ولم ينهه يثبت اذنه اذ لو لم يكن راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام عند امر يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يتلف ماله ويبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهه عن البيع لا يصير اذناله فى البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج اورأى امته تزوجت فسكت لا يصير اذنا لهما فى النكاح لان الضرر في هذه الصور متحقق فى الحال وضرر المولى في ثبوت الاذن اذا رأى عبده يبيع ويشتري متردد قد يلحقه وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتضرر الناس في معاملاتهم *

قوله في سائر التجارات اي في جميعها **قوله** ومعنى هذه المسئلة ان يقول اذنت لك فى التجارة ولا يقيده اي ولا يقيد الاذن بنوع من التجارة فحينئذ يكون ماذونا في جميع التجارات بالاتفاق اما لو قيد بنوع منها بان يقول اذنت لك فى التجارة فى البحر يكون مأذونا ايضا عندنا في جميع انواع التجارات خلافا لزفر والشافعي رح فكان فائدة ذكر معنى المسئلة نفى الخلاف لا ان لا يكون مأذونا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها **قوله** ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس لانه محلى بالالف واللام وهما للاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود يتقيد به فيستغرق جنس التجارات * (قوله)

ولوحابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يؤكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه *

قوله ولوحابى في مرض موته يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا اما اذا كانت المحاباة فيه في مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيها وبما لا يتغابن فيه جائزة في قول ابي حنيفة رح من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع اوفي الشرى لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا في قول ابي حنيفة رح حتى لو باشر في صحة المولى كان صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفي قول ابي يوسف ومحمد رح محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما في يده اولا مال له غيره فحابى في مرض المولى لم يجز محاباة العبد بشيء لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقض البيع وان شئت فاد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هوبه فيخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة وان حالت على الغرماء فانما هي من مال المولى كذا في المبسوط قوله ولا وارث للعبد ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه في الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض في الكل قوله وله ان يسلم ويقبل السلم اي وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه *

قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض
ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار وياخذ الارض مزارعة لان فيه
تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع
يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها لانه من عادة التجار
وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه
لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن
كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به
ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه **قال** فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون
في جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه
عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته
ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب

قوله ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها **قوله** وله ان يشارك شركة عنان قيد بالعنان
لانه ليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا ان المفاوضة ان كانت
لا يصح مفاوضة يصح عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة
ثم شركة العنان انما يصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشرى بالنقد والنسيئة اما
لو اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على ان شتريا بالنقد والنسيئة بينهما
لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون
لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصح بقدر ما يملك
ولا يصح بقدر ما لا يملك كما لو شارك شركة مفاوضة صح عنانا لذلك **قوله** وله ان يواجر
نفسه عندنا خلافا للشافعي رح لان عنده المأذون نائب عن المولى وهو انما جعله نائبا في
التصرف في كسبه ومنافع يده ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه (ان)

ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته

ان رقبته ليست من كسبه لانه لايملك بيعها ولا رهنها بدين عليه وما ليس من كسبه فهو لايملك التصرف فيه بالاجارة واما عندنا الاذن فك الحجر عن المأذون بمنزلة الكتابة وللمكاتب ان يواجر نفسه فكذلك للمأذون ولايقال الكتابة يتعلق بها اللزوم والاذن لا لانا نقول ان محل التصرف لايختلف بكونه لازما وغير لازم كالبيع مع الهبة فان محل التصرفين واحد وهو العين وان كان احدهما يلزم والآخر لايلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر ثم انفكاك الحجر يثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب ولما كان للمأذون ان يعير غيره بمنافعه فلان يكون له ان يواجر نفسه اولى لان الاجارة اقرب الى مقصود المولى من الاعارة وماذكر الشافعي رح ينتقض بالحر فانه لايملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه *

قوله ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه اشارة الى ما قال في كتاب المأذون وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف ولايلزم ان المولى اذا اذن لعبده في نكاح امرأة بعينها ليس له ان يتزوج غيرها مع ان الاذن فك الحجر لان النكاح ليس نظير التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولاصحة له الابولي اما بولاية نفسه اوغيره عليه والرق يخرجه من ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى في النكاح ولهذا قلنا ان المولى يجبره على النكاح وتصرف النائب على قدر انابة الاصل **قوله** بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره قال الوكيل بالبيع يتصرف في مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف في ذمة غيره لانه يثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر فصار نائبا وتصرف العبد يلاقي محلا هو ملكه والمتصرف في ملكه لايكون نائبا عن غيره بيانه ماذكرنا ان اول التصرف بعد الاذن الشراء لانه لايملك شيئا ليبيعه وبالشراء يلزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لايملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمة عبده * (قوله)

وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه **قال** وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء مالابد منه لهما وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع *

قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين اولم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر

قوله وحكم التصرف وهو الملك اي ملك اليد واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه واذا كان الاذن من المولى اسقاطا لحقه لا انابة للعبد مناب نفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما اذا رضي المستأجر ببيع عبده من زيد دون عمرو وسلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق المنع **قوله** ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة قيد به لانه انما يكون استخداما اذا امر بتصرف واحد اما اذا قال اشترلي ثوبا وبعه يكون مأذونا **قوله** لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام فان كل من علم انه لو اذن لمملوكه في شراء بقل او جمد بفلس او ما اشبه ذلك يصير مأذونا في التجارة فبعد ذلك يصح اقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوي بذلك رقبته وكسبه فيمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيفوت عليه مقاصده في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الاذن في بعض الصور اذنا في التجارة وفي بعضها جعلناه استخداما فالفاصل بينهما انه اذا اذن له بعقود متكررة مرة بعد اخرى يعلم ان مراده الربح بجعل ذلك اذنا في التجارة (كما)

بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه *

قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة

كما اذا قال اشترلي ثوبا وبعه لانه امره بعقود متكررة وكذلك لو قال بع ثوبي هذا واشتر بثمنه كذا يصير مأذونا في التجارة واذا اذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك اذنا في التجارة بل يعتبر استخداما كما اذا قال اشترلي ثوبا للكسوة لانه امره بعقد واحد فلا يكون هذا اذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل *

قوله بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة كما لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح جائز او فاسد او شبهة فان اقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره فيها واقرار المحجور سواء **قوله** وعلى هذا الخلاف الى قوله والاب والوصي ففي هذه الرواية نظر لانه اشار قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادته المهر وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط واليتيمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وذكر في باب نكاح العبيد من نكاح المبسوط واذا زوج الاب امة ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج امة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج امته وكذلك المفاوض اذا زوج امة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب (و)

الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل فى الكتابة سفير **قال** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة *

وذكر في نكاح اليتيمة ووصاياها الاب والوصي يملكان تزويج امة الصغير ولا يملكان تزويج عبده فيحتمل ان يكون فى المسئلة روايتان *

قوله الا ان يجيزه المولى فحينئذ يجوز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة ويكون الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة **قوله** ولا دين عليه قيد به لانه لو كان عليه دين كثير او قليل فكتابته باطلة وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر كما لو اخذه من يده وعليه دين واذا لم يكن على العبد دين وكاتب عبده فادى المكاتب جميع المكاتبة قبل اجازة المولى لم يعتق لان ما اخذ ملك رقيقه والمكاتبة غير نافذة وان كان المولى اجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا والاول سواء فى قول ابي حنيفة رح لان المولى لا يملكه فلا ينفذ اجازته واما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن لقيمته للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها الدينهم لان ما ادى قبل الاجازة يتعلق به حق الغرماء والمولى بالاجازة كانه ابتداء قبض القيمة وان لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته كذا فى المبسوط **قوله** ويرجع الحقوق الى المولى وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق **قوله** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة مع ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فاولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق فى الحال *

(قوله)

قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعاه بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان يتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة **قال** وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه **قال** وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء وله ان يوجل في دين وجب له لانه من عادة التجار

قوله لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه اشارة الى قوله استجلابا لقلوب المجاهزين **قوله** يباع للغرماء اي يبيعه القاضي وهذا لا يشكل على قول ابي يوسف ومحمد رح لان الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضائه كان للقاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان الدين على العبد اولى لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله ما لم يمرض مرض الموت وانما يشكل على اصل ابي حنيفة رح لان من اصله ان الحر اذا ركبه ديون وامره القاضي بايفاء الديون ولم يوف واراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس له ذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان ابا حنيفة رح انما قال في الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه وابو حنيفة رح لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضاء الغرماء لا ينفذ واذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا (فجاز)

الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا انضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء

فجاز وكان هذا بمنزلة التركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع التركة على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حجرا على الورثة لانهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضاء الغرماء فكذا ههنا فان قيل يشكل ببيع الكسب فانه بيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك بيع الكسب كالحر المديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضاء العبد بل يحبسه حتى يبيع قلنا الجواب عنه ان اباحنيفة رح انما لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما العبد فيرى الحجر عليه الا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد المولى دون العبد الا ترى انه لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما فاذا كان الخصم هو المولى لم يجز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يبيعه بالديون وان كان غائبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى الا ترى انه اد عى انسان في كسبه حقا كان الخصم في ذلك هو العبد واذا كان العبد خصما في حق الكسب يشترط حضرة العبد *

قوله الا ان يفديه المولى اي يؤدي جميع الديون ولم يرد به اداء قيمته وهذا لان حق الغرماء هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع **قوله** وذلك في تعلق الدين بكسبه اي تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة **قوله** بخلاف دين (١)

حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه وتعلقه بالكسب لاينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدء بالكسب فى الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله فى الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هوفى معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطىء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به *

قال ويقسم ثمنه بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولايباع ثانيا كيلا يمتنع البيع

الاستهلاك فانه يباع فيه لانه لاتعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده *

قوله حامل على المعاملة اي حامل للغير على معاملة المأذون وينعدم الضرر في حقه اي في حق المولى **قوله** كالبيع والشراء نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستيجار الى آخره نظير قوله اوبما هو في معناها وصورة وجوب الدين بالبيع هوان يبيع ويستحق المبيع والثمن هلك في يده **قوله** والاجارة بان يستعجل الاجرة ثم هلك المستأجر قبل تمام المدة **قوله** والامانات اذا جحدها ذكر الامانات بعد ذكر الودائع لان الامانة اعم من الوديعة ومن انواع الامانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال الشركة وهذه الاشياء عند الجحود بها ينقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا للامانة بالجحود **قوله** وما يجب من العقر بوطىء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقر وسواء ثبت باقراره اوبالبينة **قوله** كيلا يمتنع يعني ان المشتري اذا علم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيا بدون اختياره كما فى حق المولى بالاذن فى التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع البيع الاول حينئذ فيتضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لايباع ثانيا *

(قوله)

او دفعا للضرر عن المشتري و يتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده و يتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد و لم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان كان بائعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه *

قوله او دفعا للضرر عن المشتري لان المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الاول فانه اذن له في التجارة فكان ملتزما باذنه ضرر البيع على نفسه **قوله** وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين اي للمولى ان يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منعناه عن اخذ الغلة لحجر عليه فينسد باب الاكتساب **قوله** كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام فان الذمي اذا اسلم ولم يعلم بوجوب الصلوة حتى (مضى)

قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون فكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته *

قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر *

قال واذا ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء

مضي زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحربي اذا اسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب *

قوله وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء **قوله** وصار كالغصب معناه لو اذن المولى العبد المغصوب يصح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فههنا كذلك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال واما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال (و)

لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم *

قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكمهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد *

قال وان حجر على المأذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها

ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن ايضا وان عاد العبد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكر محمد رح هذا التفصيل والصحيح انه لا يعود كذا في النهاية *

قوله لان الصريح قاض على الدلالة لانه صريح بخلاف الدلالة وهي ان الانسان يحصن ام ولده في العادة وانما يعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاما مع التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عادة الا اذا صرح وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل اذنها صريحا بدلالة الحجر والشيء لا ينتقض بما هو دونه قلنا لا نسلم انه اذن بها صريحا بل هذا فرض منك ولئن سلم فبقاء الاذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان اقوى **قوله** لما قررناه في ام الولد وهو قوله لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء **قوله** وان حجر على المأذون فاقراره جائز بخلاف ما اذا بيع المأذون فانه لا يجوز اقراره فيما في يده بالاجماع **قوله** فيما في يده قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار **قوله** من المال قيد به لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع *

(قوله)

ريز

لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره اوثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها من حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ماثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع **قال** واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطئ الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ماثبت نظرا للعبد

قوله لان يد المحجور غير معتبرة اي فيما هو من كسبه اوفيما عرف انه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا اذا استودع عبد رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة مأذونا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليده في كسبه وفيما علم انه للمولى وفي الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسب العبد فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ **قوله** لانه يثبت الملك له نظرا للمورث وهذا لان صرف اكتسابه الى اقرب الناس اليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالنظر في ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه حائل بينه وبين ربه واما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار انه يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه وهذا (المعنى)

وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به *

قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعري عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه *

المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين ولابي حنيفة رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته لملك الوارث لما ان الكسب في الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد افراغه عن حاجته ولهذا لو امتنع المولى من الانفاق عليه امر العبد بالكسب والانفاق على نفسه وما فضل عن حاجته يرد على المولى وما قالا انه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى اكسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز ان لا يملك ذلك لمانع وهو حاجته الى قضاء دينه لانه لما صار بمنزلة الحر في حق التصرف واليد والحر المديون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا هنا *

قوله وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل لملك مستقر لكنه اهل لملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا فقلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا بالشبهين **قوله** وكذا عنده اي في قوله الاول وفي قوله الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن **قوله** ولهذا لا يمنع ملك الوارث اي في قوله الآخر * (قوله)

قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى لاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما **قال** وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع

قوله وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اذا باع العبد المأذون المديون شيئا من اكسابه من المولى بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديونا لا يجوز **قوله** وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء اذا باع من المولى شيئا بنقصان لم يجز عند ابي حنيفة رح فاحشا كان الغبن او يسيرا وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع **قوله** ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير **قوله** وهذان الفرقان على اصلهما لان ابا حنيفة رح لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي (با)

لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين * **قال** وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء *

بالغبن الفاحش وعدم الجواز من المولى والفرق ما ذكر في الكتاب وعلى اصلهما يحتاج الى الفرقين احدهما في حق المحاباة اليسيرة بين المولى والاجنبي حيث لا يؤمر الاجنبي بازالة المحاباة والمولى يؤمر عندهما والثاني في حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبي حيث لا يجوز بيعه من الاجنبي مع المحاباة اصلا عندهما ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة ههنا ايضا كما في اليسيرة وهذا الذي ذكرنا قول بعض المشائخ وقيل الصحيح قوله كقولهما لان المولى يستبد من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي * **قوله** لان المولى اجنبي عن كسبه هذه النكتة على قول ابي حنيفة رح والنكتة الثانية وهو قوله ولانه مفيد على قولهما او على قول الكل **قوله** بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين والمولى احق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب شيئا من ماله او اودع مالا عند عبده **قوله** اذا كان يتعلق بالعين كالمكاتب لما كان للمولى تعلق برقبته جاز ان يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسعي عند ابي حنيفة رح **قوله** ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد (كذا)

قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته ومالزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لاغير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا *

قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا *

كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح المبسوط من غير ذكر خلاف ويحتمل ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة رح على قول بعض المشائخ كما في الفصل الاول وهو منصوص عليه في المختصر وغيره *

قوله فيخيرون في التضمين ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو ظفروا به وان ضمنوا البائع قيمته تم البيع الذي جرى بين البائع والمشتري لزوال المانع **قوله** والاجازة اللاحقة كالاذن السابق فان قيل يشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم اذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه قلنا لانه لا يحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك هنا فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء **قوله** كما في المرهون اي الراهن اذا باع المرهون ثم اجاز المرتهن البيع (قوله)

قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم

قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري

قوله واعلمه بالدين اي اعلم البائع المشتري بان هذا العبد الذي ابيعك مديون وفائدة هذا الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بين البائع والمشتري وان لم يكن لازما في حق الغرماء اذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم **قوله** فالاول تام مؤخر الى زمان الاستسعاء والثاني ناقص معجل هذا اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم **قوله** قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة ليس لهم ان يردوه اي ليس للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن في الثمن وفاء بديونهم ذكر الامام قاضي خان وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع على ان لهم حق القبض اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم وفي النهاية وفي هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذون الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة **قوله** فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري هذه المسئلة مختلف فيها اما اذا كان المشتري غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشتري لا يكون الرقبة محلا لحق الغرماء الا ان لهم ان يضمنوا البائع قيمته لان بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم *

(قوله)

معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب *

قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل والله اعلم بالصواب *

قوله معناه اذا انكر الدين وانما قيد به لانه اذا اقر المشتري بديونهم وصدقهم في دعوى الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بلا خلاف كذا ذكره المحبوبي رح **قوله** وان لم يخبر فتصرفه اي فتصرفه دليل عليه **قوله** لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى انه اذا اذن المدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذونان لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة لانه حق العبد **قوله** على ما بيناه وهو ما ذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد والله اعلم بالصواب *

(فصل)

فصــــل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لاينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لايقام بالولي وكذلك الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلاضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصباء سبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي

فصــــل

قوله للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان بخلاف الصوم والصلوة اي الصوم النفل والصلوة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية على اصله اي الوصية باعمال البر من اصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه الولي **قوله** صدر من اهله الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لاعن تلقين وهذيان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل ولهذا لا يتوجه خطابات الشرع قبل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز امر باطن فاقام الشرع البلوغ مقامه قلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولي دليل عليه ايضا ولا تزاحم في الاسباب الا ان الصبي مظنة المرحمة وبالخطابات يتضرر وصحة العبارة نفع محض اذ الآدمي به يشرف ويميز من غيره فلهذا اعتبر اذن الولي في المعاملات دون خطابات الشرع **قوله** عن ولاية شرعية وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر **قوله** لعدم الهداية اي في امور التجارة * (قوله)

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد

قوله وبقاء ولايته جواب عن قول الشافعي رح ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فاجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل والاصابة فيستوفي المصلحة بطريقين بمباشرة الولي وبمباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرها ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار تصور الاهلية لم نجعله وليا فيه فالحاصل ان الصبي مستحق للنظر مصون عن الضرر والتصرفات انواع ثلثة ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان اذن له الولي ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الولي ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولي لانه له فيه منفعة ليصير مهتديا الى وجوه التجارات عارفا بانواع المعاملات ممتازا عن الحيوانات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر رح لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه **قوله** بخلاف صاحب الشرط وفي المغرب الشرطة بالسكون (و)

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم *

والحركة خيار الجند واول كتيبة يحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة في باب الجمعة يراد به امير البلدة كامير بخارى وكان الوالي اكبر من صاحب الشرط لان للوالي تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبي للوالي دون صاحب الشرط وفي المبسوط ثم صحة الاذن له من وليه ووليه ابوه ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام او وصي الام فلا يصح منهم الاذن له في التجارة لانه غير ولي في التصرفات مطلقا بل هو كالاجنبي الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصي الام العروض التي ورثها الصغير من الام بطريق التحصين والحفظ على الام الميتة وعلى الصغير لا لانه تجارة حتى لو اشترى شيئا آخر لليتيم لا يجوز وليس في الاذن تحصين وحفظ *

قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية قيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا من توى اموالهم ولهذا ملكه وان لم يملك الولي الاقرار عليه وجه الظاهر انه بانضمام رأي الولي التحق بالبالغ وكل واحد من المالين ملكه فارغ عن حاجة الغير فيصح اقراره فيهما **قوله** ولا يملك تزويج عبده فيه اجماع وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رح فانه يجوز عنده **قوله** ولا كتابته وانما لم يملكهما مع ان الاب والوصي يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر واما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة **قوله** دون غيرهم اي من الاقارب كالاخ والعم وفائدة هذا التقييد انه يصير ماذونا باذن القاضي كما مر في حق الصبي والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدَى عليكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عليكُمْ ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر *

كتاب الغصب

قوله في اللغة اخذ الشيء يعني مالا او غيره يقال غصب زوجة فلان او ولده **قوله** محترم احترازعن غصب مال الحربي في دار الحرب **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا يده وعلى قول الشافعي ازالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب وثمرة الاختلاف يظهر في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر **قوله** وان كان بدون العلم بان ظن ان المأخوذ ماله او اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لان الضمان انما يجب جبرا لحقه بتفويته وحقه مرعي وان كان الآخذ معذورا لجهله وعدم قصده **قوله** ولا اثم لان الخطأ موضوع (لقوله)

قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك **قال** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له *

قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه مادام قائما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده لان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص

لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ *

قوله ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك اي لو كانت ثابتة بمجرد الانقطاع لكان يجبر على قبول القيمة لو اتى بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى مجيء اوان المثل وحيث لم يجبر دلنا ذلك على ان ايجاب المثل انما يثبت بالقضاء **قوله** معناه العدديات المتفاوتة كالرمان والسفرجل والبطيخ وكالثياب والدواب والمتقاربة كالجوز والبيض **قوله** لاعبا ولا جادا بتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر والرواية في المصابيح لاعبا جادا بدون توسط حرف العطف بينهما اي لا يريد سرقته ولكن يريد ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ على اخيه * (قوله)

رك

ويظهر ذلک في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت
الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها او تقوم بينة
ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاک بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
فاذا علم الهلاک سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول
لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلک في يده
لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح
الاول وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالک لاستحالة اجتماع
اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول

قوله ويظهر ذلک في بعض الاحكام ولهذا لو ابرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلک
بعده لا يجب الضمان ولولا ان الموجب الاصلي القيمة لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح
ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها الف
وله الف نقد وحال عليه الحول فانه لا يجب الزكوة على هذا الالف لانه صار مديونا ولا يجب الزكوة
على المديون **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى
فيؤسٌ قنوطٌ وقيل التحويل يستعمل في النقل من مكان واثباته في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان
والنقل بدون الاثبات في مكان آخر **قوله** واذا غصب عقارا فهلک في يده بان غلب السيل
على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب
بالبناء لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يضمن **قوله** لتحقق اثبات
اليد ومن ضرورته زوال يد المالک لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي رح يتحقق الغصب باثبات اليد المبطلة وتعليل قول
محمد رح على هذا الوجه يدل على ان لاخلاف بين علمائنا الثلثة في حد الغصب (بانه)

وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين وهذا لا يتصور فى العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك *

قال وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع

بانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد العدوان كما قاله الشافعي رح اذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما في زوائد المغصوب *

قوله وجحود الوديعة اي فى العقار يعني اذا كان العقار وديعة في يده فجحده كان ضامنا بالاتفاق فكذا بالغصب على ما يجيء **قوله** وصار كما اذا بعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا فى المبسوط **قوله** وهو الغصب اى النقل هو الغصب لان بذلك يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب **قوله** ومسئلة الجحود ممنوعة لانه ذكر فى المختلفات اما الوديعة لو كان عقارا لا يضمن وذكر فى المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان فى العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم او لقصر يد صاحبه بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعة بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعة بساطا لم ينقله وجلس عليه جاحدا للوديعة لم يضمن لانه متى كان ظاهرا لم يصر يد صاحبه مقصورة بالجحود بنفسه **قوله** وما نقص بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا وذلك بان هدم شيئا او انهدم بسكناه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر **قوله** ويدخل فيما قاله اي فيما قاله (١)

ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح *

القدوري في مختصره وهو قوله وما نقصه منه بفعله وسكناه قوله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهي جدار الدار بذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الآخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما والحكم ينبني على السبب كذا في غصب المبسوط *

قوله ولا بينة لصاحب الدار انما قيد به لانه لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لانه قادر على ان يقيم البينة على انها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري **قوله** فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح وذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط فان كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشرى من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رح لان تسليطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم والفرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا يقبل بينته والعقار تضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا *

(قوله)

قال وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه تلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لايتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين **قال** واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لماسبق ان الغصب فيماينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة

قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان اختلفوا في تأويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى رح في نقصان الارض انه ينظر بكم يستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رح ينظر بكم يشتري قبل استعمالها وبكم يشتري بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض قيل رجع محمد بن سلمة الى قول نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التتمة وفيه ايضا ان من زرع ارض الغير بغير اذنه وبغير عقد مزارعة هل لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض قال شيخ الاسلام ابو الحسن رح نعم ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يزرعون ارض الغير على وجه المزارعة من غير عقد واذن وفي فتاوى الفقيه ابي الليث ان الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه نقصان الارض ان كانت الارض قد انتقصت بسبب الزراعة **قوله** فيأخذ رأس ماله وهو البذر وما انفق وقدر ما غرم من النقصان وصورته اذا غصب ارضا وزرع فيها كرا فاخرجت اربعة اكرار ونقصها الزراعة مايبلغ قيمة كر ولحقه من المؤن مايبلغ كرا فاخذ منه ضمان النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقته مؤنة كر وضمن قدر قيمة كر ففضل الخارج عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه ربح مالم يملك وقال ابو يوسف رح لا يتصدق به لان المنهي ربح مالم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وسنذكر الوجه من الجانبين اي في هذا الفصل في مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة **قوله** وعند العجز عن رده تجب القيمة هذا على قول من يقول بان الواجب الاصلي في الغصب رد العين * (قوله)

او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا *

قوله او يتقرر بذلك السبب على قول من يقول بان الواجب الاصلي في الغصب هو القيمة ورد العين مخلص **قوله** وان نقص في يده ضمن النقصان اي اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان في بدنه بان كانت جارية فاعورت او كانت شابة فصارت عنده عجوزا او ناهدة الثديين فانكسر ثديها او لم يكن في بدنه كما لو غصب عبدا محترفا فنسي ذلك عند الغاصب او كان قارئا فنسي القرآن **قوله** بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب وانما قيد به لان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيار بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده وفي الايضاح ولو غصب منه عينا ثم لقيه في بلد آخر والعين في يده والقيمة في هذا مثل القيمة في مكان الغصب او اكثر فللمغصوب منه ان يأخذها ولا يطالب بالقيمة لانه وصل اليه عين حقه من غير ضرر وان كان السعر في هذا المكان اقل من السعر في مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء اخذ القيمة في هذا المكان وان شاء انتظر لانه اذا اخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له ان لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر بخلاف ما اذا وجده في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر حيث لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل لفعل مضاف الى الغاصب وانما هو لمعنى راجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن **قوله** وبخلاف المبيع فان المبيعة اذا اعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن يخير المشتري بين ان يأخذها بكل الثمن او يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فمتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والاوصاف فكانت مضمونة * (قوله)

قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصه الغلة فعليه النقصان لمابينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول ان كان غنيا فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا

قوله ومن غصب عبدا فاستغله اي آجره واخذ غلته فنقصه الغلة اي العمل في الاجارة قوله فعليه النقصان لما بينا اراد به قوله لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب قوله وما هذا حاله فسبيله التصدق كما اذا اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا وباعها وربح فيها تصدق بالربح لتمكن الخبث في الربح على ما مر في فصل احكام البيع الفاسد قوله لان الخبث لاجل المالك هذا جواب سوال ذكر في المبسوط حيث قال فان قيل القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصدق لخبثها ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه ان يتصدق بمثله قلنا نعم ولكن التصدق بهذا لم يكن حتما عليه الا ترى انه لو اسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك ان يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبرئا عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق قوله بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق اي الغاصب باع المغصوب واخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ورجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد (القيمة)

وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الفا فاشتري بها جارية فباعها بالفين ثم اشتري بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ماقبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشائخنا رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط *

القيمة منه ثم لا تستعين الغاصب في اداء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يزول بالوصول الى يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده * **قوله** وقت الاستعمال اى وقت استهلاك الثمن **قوله** وقد مرت الدلائل اي في المسئلة التي قبل هذا وهي مسئلة من غصب عبدا فاستغله فنقصه الغلة **قوله** ثم هذا ظاهر اي عدم طيب الربح **قوله** فيما يتعين بالاشارة كالعروض **قوله** كالثمنين اى كالدراهم والدنانير **قوله** وقال مشائخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة ثبت الخبث ولا يثبت في الدراهم الا الشبهة لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد به سلامة المشتري فاذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه دينار او جيد او رديء والمقدار واذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا فثبت انه لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث *

قال وان اشترى بالف جارية تساوي الفين فوهبها او وطئها فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس *

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك

قوله لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس لان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوي فلا فضل ولان الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين اذ الانسان لا تضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين فسقط اصلا *

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة وذبحها لانه فات اعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة **قوله** واعظم منافعها كما اذا غصب حنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهي جعلها بذرا وهريسة وكشكا وغيرها **قوله** زال ملك المغصوب منه عنها اي يجب القيمة في الشاة اذا طبخها وشواها على الغاصب وفي الحنطة المثل ويزول ملك المغصوب منه على وجه لو ابى المالك اخذ القيمة واراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك لان الملك قد زال كذا في الايضاح * (قوله)

وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يودي الى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه

قوله وهو رواية عن ابي يوسف وفي الايضاح روي عن ابي يوسف ثلث روايات احدهما مثل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه ولكن ملكه يزول عنه ويباع له العين في دينه وهو احق به من جميع الغرماء ان مات وفي رواية له ان يأخذ الدقيق ويبرء الغاصب من ضمانه لانه يودي الى الربوا لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له ان يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ في الشاة والدليل على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا تجري الربوا الا باعتبار المجانسة فلما ثبت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ الحنطة ولو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز ان يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العقوبة لادائه الى الربوا فكذلك ههنا **قوله** ولا معتبر بفعله جواب اشكال مقدر وهو ان يقال فيما ذكرت من الاستشهاد لم يوجد فيه الفعل وفي المتنازع وجد الفعل **قوله** ولنا انه احدث احترز به عن الحدوث **قوله** صنعة متقومة في الربوبة منقودة **قوله** صيرت حق المالك هالكا من وجه احترازا عما اذا صبغ الثوب المغصوب اصفر او احمر فانه لا ينقطع حق المالك مع انه احدث صنعة متقومة ولكن لم يكن هالكا من وجه الا ترى انه لم يتبدل اسم الثوب ولم يفت اعظم المقاصد

(قوله)

الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشتمل الفصول المذكورة وينفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رح وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها الاسارى

قوله الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الاول مستهلكا ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل ان يكون شيئين فاذا هلك الاول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة فى الوجود وترجح الاصل يرجع الى الحال والرجحان فى الذات احق من الحال واما قول ابي يوسف جريان الربوا بينهما دليل على بقاء المجانسة فقلنا بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث ان عمل الطحن صورة في تفريق الاجزاء وباب الربوا مبني على الاحتياط فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربوا بخلاف القطع فى الثوب والذبح فى الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة فان قيل بالسلخ والتاريب يزول اسم الشاة فكان ينبغي ان ينقطع حق المالك بعد التاريب قلنا بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية وبالسلخ والتاريب لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فبقيت مملوكة لصاحبها **قوله** وهذا الوجه يشتمل الفصول المذكورة اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه وغزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك **قوله** ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي (بدلها)

افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لايقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غيران عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لايتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم

بدلها فيه اشارة الى انه لايحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط انه يحل بالقضاء لانه بمنزلة الاداء لحصول رضاء المالك عنده لانه لايقضى الا بطلبه *

قوله افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك روي ان النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبراني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعزمنها لم ينفس علي بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى فامره بالتصدق بها بيان منه ان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ ان عليه عينه اذا امكنه وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه وانه لايباح التناول للغاصب قبل الارضاء فان قيل انما يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قلنا روي عن محمد رح انه يتصدق بالاصل فنبقي الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار **قوله** او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياله او ان يكون المراد منه قضي بدليل قوله لانه لايقضي الا بطلبه ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا على مقدار من الضمان **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها اى ملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعي رح **قوله** غيران عند ابي يوسف يباح الانتفاع بها اي (في الحنطة)

قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الاترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الاترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **قال** ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رح للمالك اخذها

في الحنطة التي زرعها والنواة التي غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجه اذ لم يبق عين معلق حق المغصوب منه فيباح الانتفاع بخلاف غيرهما لقيام العين فيه من وجه*

قوله الاترى انه كسره وفات بعض المقاصد بيان لقوله صير حق المالك هالكا من وجه **قوله** والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربة بيان لفوات بعض المقاصد وهو انه كان قبل الكسر والصنعة سلعة يتعين بالتعيين وقد فات هذا المعنى **قوله** الاترى ان الاسم اي اسم الذهب والفضة باق **قوله** جرى فيه الربوا باعتبار كونه موزونا وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك يخرجه من الوزن وان يكون مال الربوا حتى لو باع قمقمة بقمقمتين يدا بيد يجوز **قوله** وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة اي صلاحيته بعد الضرب لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدراهم والدنانير فلا يتبدل العين بالصنعة **قوله** وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا اي ليس متقومة في كل الاحوال بل في بعضها اذا كسر اناء فضة او ذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه وان وجده صاحبه مكسورا ورضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح **قوله** ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة جدا والخشبة المنحوتة المهياة للاساس ونحوه كذا في المغرب (قوله)

والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخرلنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابوجعفر الهندواني رح انما لاينقض اذا بني في حوالي الساجة اما اذا بني على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلک وهو الاصح *

قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها

قوله والوجه من الجانبين قدمناه اي في اول هذا الفصل في قوله واذا تغيرت العين المغصوبه بفعل الغاصب **قوله** وآخرلنا فيه اي ودليل آخر في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه اضرارا لغاصب يعني لا بد في هذا من الحاق الضرر باحدهما اما في حق الغاصب بنقض بنائه واما في حق المالک بانقطاع حقه عن الساجة وضرر المالک مجبور بالقيمة وفيه ضرر نقل المالية من العين الى القيمة بدون اختياره الا ان فى الاضرار بالغاصب اهدارحقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفيرالمالية ونقل حقه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان فضرر النقل دون ضرر الابطال **قوله** اذا بنى في حوالى الساجة بان ادخل الساجة في وسط الجدار للاحكام لا للبناء عليه كما في الابوابات والابنية المرتفعة **قوله** وجواب الكتاب يرد ذلک حيث قال لا ينقض البناء مطلقا من غيرتفصيل ولانه ذكرفي الكتاب وبنى عليها وذكر شمس الائمة بعد تقرير ما قال الكرخي وابوجعفر ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب الصرف انه لو غصب نقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالک عنها وهو في هذا العمل هنا متعد لان عمله في ملک الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملک الغير او في ملک نفسه **قوله** وهوالاصح لانه يغير عما كان عليه لان الساجة قبل التركيب يصلح لطبخ القدور وابواب الدور وبعد التركيب لا يصلح لشيء منها الا بعد النقض وقيام الشيء بمنافعها يكون فلما فاتت منافعها من وجه صارت هالكة من وجه ولانها كانت (نقلية)

وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف *

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا تبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

نقلية والآن صارت من العقار ولهذا صارت يستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه فثبت انه تغير عما كان عليه والتغير يوجب انقطاع حق المالك *

قوله وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية احترز به عما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا في ذبح الشاة اذا اخذها لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية اصح لانه نقصان باعتبار تفويت بعض الاغراض **قوله** ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان وفي المنتقى روى هشام عن محمد رح رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمته فله ان يمسك ويأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمارا انسان ذبحا فقال صاحبه اني اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه فان كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وان قتله فليس له ذلك قال هشام لان ذبحه بمنزلة الدباغ *

(قوله)

والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع * قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام

قوله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة اختلف المتاخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان اوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وان كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما واليسير ما يصلح بعده لثوب ما وذكر في الاوضح ان الخرق الفاحش في المخيط ان يستنكف اوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي غير المخيط وغير المقطوع ان لا يمكن ان يخاط منه ما يشترى لاجله الا بدرز مستبين في غير موضع الدرز واليسير ضده وذكر في الخصائل ان كان لا يخل لمنفعة اللبس فهو يسير وان كان يخل لمنفعة اللبس لكن يمكن اصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء لا محالة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع في المبسوط ذكر محمد رح في كتاب الغصب اذا غصب الغاصب ثوبا وقطعه قميصا فقبل ان يخيطه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قميصا بقي صالحا للقميص وان لم يبق صالحا للقباء والساقط من القيمة يكون اقل من الربع ومن النصف ايضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خير المالك فكان الصحيح من التحديد على ما قاله محمد رح ان يقال بان الخرق الفاحش ما يفوت به (بعض)

ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لايتحقق فيها ولابد للملك من سبب فيومر الشاغل بتفريغها كما اذا اشتغل ظرف غيره بطعامه

فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء اوشجر يومر بقلعه لان حقه فيه اذ لاقرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما *

قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب

الابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها

بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير من الخرق ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيها نقصان *

قوله ليس لعرق ظالم بتنوين عرق على وجه الصفة والموصوف ذكر في المغرب اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن واول الحديث فيما ذكره في الفائق والعربيين من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في العربيين قال هشام بن عروة وهو ان يجيء الرجل الى ارض قد احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا ليستوجب به الارض وفي الاوضح انه في بعض الروايات على الاضافة اي لغرس شجر ظالم **قوله** لانه حقه فيه اي لان حق الغاصب في بناء اوشجر يومر بقلعه اذ لاقرار له ومعرفة قيمته مقلوعا اي مأمورا بقلعه ان تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه ويقوم وليس فيها هذا الشجر ففضل ما بينهما هو قيمة الشجر المأمور مالكه بقلعه ثم قيمة المقلوع ازيد من قيمة المأمور بقلعه لان المؤنة لحقت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك * (قوله)

لان النقض له بعد النقض اما الصبغ يتلاشي وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملكه صاحب الاصل الصبغ قال ابوعصمة رح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة

قوله لان النقض له بعد النقض اي الحاصل من البناء المنقوض كالخشب والآجر له اي للغاصب اما الصبغ فيتلاشى ولم يحصل للغاصب منه شئ فلم يومر الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه اصلا **قوله** قال ابوعصمة رحمه الله في اصل المسئلة اي في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر وان شاء رب الثوب باعه **قوله** بقيمته ابيض وصاحب الثوب بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الى صاحبه معنى ويضرب بقيمة الابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع لانه طريق ايصال حق كل واحد منهما الى صاحبه **قوله** ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي يتأتى قول ابي عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا وقوله فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اظهر لانه اذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه فعند امتناعه من تملك الثوب وتعذر تضمينه جبرا تعين البيع طريقا للوصول الى حقه اذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة فاما في الغصب عند امتناع رب الثوب من تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقا للوصول الى حقه لان له تضمين الغاصب بالثوب الابيض **قوله** وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق اي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ (١)

وقيل هذا اختلاف عصر و زمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ *

فصـــــل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها و هذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر

اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء اخذها وغرم السمن واما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل احد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب و السمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتابع له فانه يقال سويق ملتوت واما العسل والسمن فكلاهما اصلان *

قوله وقيل هذا اختلاف عصر و زمان فانه اجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني امية فانهم كانوا يمنعون عن لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد **قوله** ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان و هو خمسة والله اعلم بالصواب *

فصـــــل

قوله عدوان محض اي ما فيه وجه اباحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لان ادنى درجاته ان يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا وصار كغصب المدبر *

(قوله)

ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن * **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة * **قال** فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه

قوله ولنا انه ملك البدل بكماله اي رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن المبدل الى ملك من وجب عليه البدل اذا كان المبدل محتملا للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر وتحقيقا للبدل كما في سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة العين والاصل في الضمان ان يجب بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفائت فاذا ثبت له الملك في البدل يدا وذاتا جعلناه مقابلا بالاصل يدا وذاتا فيزول ملكه عن المغصوب شرط الحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الشيء تابع له فصار حسنا بحسنه وانما قبح لو كان الملك يثبت بالغصب **قوله** نعم قد يفسخ التدبير الى آخره هذا جواب اشكال وهو ان يقال يمكن نقل المدبر ايضا بان باعه وخاصمه المشتري بالتسليم وقضى القاضي بذلك فان المشتري يأخذ المدبر فاجاب بان ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن لانه بفسخ القاضي يعود الى الرق **قوله** الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فان لم يكن للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة ان قيمة المغصوب كذا قال بعض مشائخنا ينبغي ان يقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين الا ترى (ان)

في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح
انه لاخيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء *

قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن
القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا اوضرورة ولهذا يظهر
في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب *

ان المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولوا قام البينة على ذلك قبلت بينته ومن المشائخ
من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسئلة وهو الصحيح *

قوله في هذا الفصل الاخير اي فيما اذا اضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
وقال الكرخي لاخيار له لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله وجه ظاهر الرواية ان الخيار لفوت الرضاء ورضاه
لم يتم حيث لم يعطه مايدعيه وجاز ان يكون قيمته مثل ماضمنه عند المقومين ولايكون مثله عنده
فلا يرضى به بدلا **قوله** لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستند او الثابت بطريق الاستناد
ثابت من وجه دون وجه اوضرورة اذ الدليل يابى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا
والملك نعمة وانما ثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
لان الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس
بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت
الحكم فى التبع بثبوته فى المتبوع سواء ثبت فى المتبوع مقصودا بسببه او شرطا لغيره ولان
ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا آجر المغصوب يملك
الاجر ولو اولد لا يملك والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب
فان المكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه * (قوله)

قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن

قوله وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال اما الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فهي ليست من قبيل نماء المغصوب لانه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعها لما ذكرنا ان الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها لما انها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت كالسمن والجمال او منفصلة كالولد لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا اي في اول الغصب بقوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي رح في الزوائد مبنيا على الاختلاف في حد الغصب **قوله** ولو اعتبرت ثابتة اي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الام فانه ما ازال اليد التقديري اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه **قوله** او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الوديعة وسلمها فانه يكون ضامنا فان قيل فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد قلنا بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا في المبسوط * (قوله)

من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهوالشرع على هذا اكثر مشائخنا رح ولو اطلق الجواب فهوضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هوفوقها وهواثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى **قال** ومانقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابر الملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد اوماتت الام وبالولد وفاء وصاركما اذا جزّ صوف شاة غيره اوقطع قوائم شجر غيره او خصي عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد

قوله من الارسال اي في الحرم **قوله** بعد طلب صاحب الحق وهوالشرع لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فوجد المنع منه بعد الطلب وهوسبب للضمان **قوله** ولواطلق الجواب اي لوقيل بوجوب الضمان في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا هلك قبل التمكن من الارسال في الحرم وبعد التمكن من الارسال فهوضمان جناية اي ضمان صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه بالحرم امن صيد اوذا في تنفره وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي لا اثبات اليد عليها **قوله** ولهذا ينكرر بتكررها اي يتعدد بتعدد الجناية كما اذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا وقيل تكرر الجزاء بتكرر الجناية وهوانه لوادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم **قوله** كما في ولد الظبية فان نقصان الظبية المخرجة من الحرم لاينجبر بالولد **قوله** وكما اذا ماتت الام اي الامة بالولادة **قوله** ولنا ان سبب الزيادة والنقصان وهوالولادة لانها اوجبت فوات (جزء)

وهوالولادة اوالعلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد تحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام

جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد لانه وان كان موجودا قبل الانفصال لم يكن مالا حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئا *

قوله وهوالولادة اوالعلوق على ما عرف اي عند ابي يوسف ومحمد رح سبب النقصان الولادة وعند ابي حنيفة رح العلوق ويظهر ذلك فيما اذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة فعندهما لا يضمن لان سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك ويضمن عند ابي حنيفة رح لان سببه العلوق وكان عند الغاصب وقوله على ما عرف اشارة الى هذا **قوله** وولد الظبية ممنوع اي ينجبر نقصان الظبية بالولادة بقيمة الولد فلا يرد نقضا ولئن سلم فهذا الولد لا يصلح ان يكون خلفا عن الجزء الفائت لانه مضمون بنفسه فلم يجز ان يودي به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا **قوله** وكذا اذا ماتت الام يعني اذا ماتت الام بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة ينجبر في رواية فلا يرد نقضا **قوله** وتخريج الثانية اي تخريج الرواية الثانية في انه لا ينجبر وهي ظاهر الرواية ان الولادة ليست بسبب لموت الام غالبا فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم ينجبر وفي المبسوط فان ماتت الام بالولادة وبالولد وفاء بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات عن ابي حنيفة رح انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروي انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك (من)

اذلا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لابد من رد اصله للبراءة فكذا لابد من رد خلفه والخصاء لايعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم *

من قيمة الام لان الولادة لا يوجب الموت او لنقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك اذا رد قيمتها وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لانه لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من اصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من اصله لا ان يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبة للزيادة وهذه الخلافة بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابرا للنقصان بالولادة *

قوله اذ لا تفضي اليه غالبا ولا يقال افضت في هذه الصورة فيكون سببا لانا نقول الاصل هو النظر الى اوضاع اسباب التصرفات لا الى افرادها الا ترى ان الصبي لا يوهل للطلاق والعتاق وان تحقق النفع في صورة لانهما في الاصل سببان للمضرة **قوله** لابد من رد اصله للبراءة يعني الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي اخذها وما ردها بتلك الصفة وانما يكون تلك الصفة مع النقصان لو ردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فاذا لم يرد الولد الذي هو خلف عن النقصان لا يبرأ **قوله** والخصاء الخصاء على فعال هو الصحيح لايعد زيادة اي في المالية لانها انما يتحقق لرغبة عامة الناس وهي ليست بمرغوبة عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب غلاما قيمته خمسمائة وخصاه فلما برأ صارت قيمته الفا فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء اخذ الغلام ولا شيء له فعلم بهذا انه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له اعتبار لوجب على المالك ما زاد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب وصبغه احمر وقول الشافعي رح ان ملكه لا ينجبر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر * (قوله)

ركو

قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حُمّت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأً يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لو تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

قوله ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت اي ردها فتبين انها حبلى **قوله** وماتت في نفاسها قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في اثر الولادة **قوله** وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم هذا جواب من قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سلم فنقول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض لان الاوصاف داخلة في الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينه فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب يكون الرد بدونها ردا فاسدا **قوله** وما ذكرناه شرط صحة الرد اي الرد على الوجه الذي اخذ شرط صحة الرد حيث غصبها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وردت وفيها ذلك * (قوله)

والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب

قوله والزنا سبب لجلد مؤلم اي الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجارح ولا المتلف ولهذا يختار سوطا لا ثمرة له ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قوله** فلم يوجد السبب اي سبب التلف او الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة من دفع آثار الحمى المتوالية وذا لا يحصل باول الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الام الولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول **قوله** الا ان ينقص باستعماله انما ذكر الاستعمال لما ان الظاهر ان النقصان انما يحصل بالاستعمال لان الغالب ان الغاصب انما يغصب للاستعمال **قوله** ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها اي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رح **قوله** له ان المنافع اموال متقومة وهذا لان المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا والمشروع هو الانتفاع بالمال الا يرى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة مال بمال والمأذون والشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال والاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا يقل مالية العين اذا قل الانتفاع به فاذا كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها فلان يكون المنافع اموالا بنفسها اولى وهي متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبدلون الاعيان لاجلها الا ترى انها تتقوم (١)

ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين *

الاعيان فاستحال ان لا تكون متقومة بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وحبة سمسم *

قوله ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اي في تصرفه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه في يده والكسب للكاسب لقوله عليه السلام كل الناس احق بكسبه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه واتلافه لان اتلاف الشيء اوغصبه انما يرد في حال بقائه فلما لم يكن المنافع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود اوفي حال الوجود اوبعد الوجود لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال ولا الثاني لانه لو اعترض على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطال الوجود لا المنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم **قوله** ولانها لا تماثل الاعيان اي لا يمكن ان يضمنها لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فَمَنِ اعْتَدَى عليكم فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ولهذا لا يضمن الجيد بالردي وما قال الشافعي رح ان المنافع اموال متقومة قلنا لا نسلم ذلك لان صفة المالية للشيء انما يثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان (المال)

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة فالمنافع لا يبقى وقتين لانها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولئن سلمنا ان لها حكم المال ليس لها صفة التقوم لان التقوم لا يسبق الوجود لان التقوم انما يكون بعد الاحراز الا ترى ان الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز وان كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما وانما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة فبطلت المقايسة لان للرضاء اثرا في ايجاب الاصول والفصول جميعا فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال ويجوز بيع عبد قيمته الف بالوف وشيء من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصف به يقع الفرق بين الاصل والفرع فهو باطل والله اعلم بالصواب *

فصـــــل في غصب ما لا يتقوم

قوله اذ الخمر لهم كالخل لنا وهذا لان الخمر مال متقوم في حق اهل الذمة لانها كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ وجد في حقنا بدليل (١)

بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة *

قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك

السياق والسباق فبقي في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل ولان حرمة العين وفساد التقوم ثبتا بخطاب الشرع وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب حيث لم يعتقدوا رسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف او المحاجة لمكان عقد الذمة فصار كان الخطاب غير نازل في حقهم فبقي الحكم على ما كان *

قوله بخلاف الميتة والدم المراد بالميتة هي التي ماتت حتف انفها حتى لو ماتت بالضرب او بالخنق يضمنه المسلم عند ابي حنيفة رح خلافا لمحمد رح **قوله** بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لانا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربوا في اعتقادهم قال الله تعالى وَاَخْذِهِمُ الرِّبٰوا وَقَدْ نُهُوْا عَنْهُ **قوله** وبخلاف العبد المرتد للذمي فانه يقتل لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له اي للعبد المرتد لهم لما فيه من الاستخفاف بالدين **قوله** وبخلاف متروك التسمية اي عمدا اذا كان لمن يبيحه وهو الشافعي رح ومن تابعه يعني لو اتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي رح لا يضمن فان ولاية الالزام بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص ان متروك (التسمية)

والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لايثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي مازاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي مازاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه

التسمية عمدا حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان *

قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير ان تقوم بها شيء من ملكه فصار التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا هنا وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب اي بالدباغ بما له قيمة **قوله** وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ لانه لا يكون لجلد الميتة قيمة فتقوم ذكيا لذلك قال القدوري انما يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد من منزله فاما اذا القى صاحبه في الطريق فاخذ رجل جلدها ودبغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله له ان يأخذ في هذه الصورة ايضا كذا في الذخيرة **قوله** اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم لان العصير كان مالا متقوما له فاذا صار خمرا صار غير متقوم (ولكونه)

وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقاله والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كانت ثابتا قبل الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه

ولكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خمر انسان فللمالك ان يستردها نعم ان الملك لا يفتقر الى التقوم فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كانت لا ان التقوم يثبت الآن *

قوله وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان قضي لاحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير اذ القاضي يقضي بما يشتري به في الاسواق ويباع **قوله** فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي فيما اذا دبغه بما لهُ قيمة **قوله** بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة اي للثوب قيمة **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه اي لم يأخذه برد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشيء له قيمة وفيه التضمين عندهما *

(قوله)

كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطى مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وضمنه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنه عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رح انه صارت خلا من ساعته تصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين فلا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه

قوله كما في الاستهلاك يعني مسئلة الاستهلاك التي تقدم ذكرها ان عنده لا يضمن وعندهما يضمن **قوله** قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه لانه استهلاك **قوله** فهو على ما قيل وقيل اي على القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك * وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رح ان صارت خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك الفعل لان اعدام الذوات ليس في قدرة البشر ولا كذلك اذا تخللت بعد ساعته لانها بالالقاء لم يصر مستهلكا لبقائها على حالها * (قوله)

وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشائخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشائخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهي *

قال ومن كسر لمسلم بربطا اوطبلا او مزمارا اودفا او اراق له سكرا اومنصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ر ح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه

قوله وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول اي فيما اذا صار خلا من ساعته لما بينا اي انه يصير ملكا للغاصب **قوله** في الوجوه كلها اي فيما اذا صار خلا بالقاء الملح او بالقاء الخل من ساعته او بعد زمان **قوله** وقد كثرت فيه اقوال المشائخ بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ملك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع ووجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره **قوله** وهو بامر الشرع قال عليه السلام بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير وقال اذا رأى احدكم منكرا فينكر بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه *

(قوله)

كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا تجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمة صليب لانه مقر على ذلك ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب *

قوله كما لو فعل باذن الامام يعني لو فعل بامر نائب الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بامر الشرع اولى وعن شريح رحمه الله ان رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده وقال ابو يوسف رح لو كنت انا فان كان خصومتهما وهو في ايديهما او في يد احدهما كسرته وعزرتهما وان كسره احدهما والآخر يطلب الضمان ضربت الذي كسره جبرا واوجعت الآخر عقوبة والله اعلم بالصواب *

الحمد لله العلي العظيم والصلوة على رسوله الكريم
على اتمام الجلد الثالث من الهداية مع الكفاية

الاغلاط الواقعة في الهداية والكفاية

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٦	٨	اويقول الى البائع	—
٢٩	٢٠	ثلثه	ثلثة
٣٨	١٢	يتكمن	يتمكن
٤٧	١٦	لم ينفذ	لم ينقد
٥٥	١٢	والعرص	والعرض
٥٦	١	وجة	وجه
٦٣	١١	قبابى	فيأبى
٧٧	٩	معناة	معناه
٧٩	٢	خصا	خصما
٨٣	٢	القيض	القبض
٨٥	١٣	واجته	واجبة
٨٨	٢٠	الانتتفاع	الانتفاع
٩٣	١٧	عزرا	غررا
٩٤	١٦	محوز	يجوز
٩٥	٢	مجذود	مجذوذ
٩٥	٧	مجدود	مجذوذ
٩٧	٢١	لكلا	الكلا
١٠٢	١٣	ابيوسف	ابي يوسف
١٠٣	٤	السفى	السفل
١٠٦	١٨	صاجبه	صاحبه
١٠٧	١	رسول	رسول الله
١٠٨	٢١	عى	على
١١٦	١٨	كان	كانت
١٢١	١٣	بينا	نبين
١٢٢	٨	المشري	المشتري
١٢٧	١٧	يرحج	يرجح
١٣٣	١٠	النبي	النبي
١٤٥	٨	باعتيار	باعتبار
١٤٥	١٢	ح	رح
١٤٨	١٣	برقيته	برقبته
١٦٤	٢	قي	في
١٧٢	٥	سيئل	مثل
١٧٩	٢	آحادة	آحاده
١٨٤	١	اندقعت	اندفعت
١٨٤	١٢	يثبث	يثبت
١٨٦	٤	معتاه	معناه
١٩٢	١٥	جانبة	جانبه
١٩٣	٥	يثبب	يثبت
١٩٤	٢	المعني	المعنى
١٩٥	٢	ثم	تم

صفحه	سطر	غلط	صحيح
١٩٥	٥	زاف	زاد
١٩٩	٢	قكتبوه	فاكتبوه
١٩٩	١٥	يجناحيه	بجناحيه
١٩٩	٢١	الحصر	الحصير
٢٠٧	١٠	من قيل	من قبل
٢٠٨	٥	يغيرها	بغيرها
٢٠٩	١٨	الحزر	الحزر
٢٢٠	٥	المقابضة	المقايضة
٢٢١	١٦	المقابضة	المقايضة
٢٢٢	١٤	يبقي	يبقى
٢٢٥	٢٠	يواقق	يوافق
٢٣٢	٦	رحهما	رحمهما
٢٣٣	٥	قيعتبر	فيعتبر
٢٣٦	١	بالشراىٔ	بالشراء
٢٤٨	١٤	لزيادة	الزيادة
٢٥٣	١	رحمهاالله	رحمه الله
٢٥٣	٩	رايحة	رائحة
٢٥٨	٢١	ذهابة	ذهابه
٢٦٨	٢	كقرله	كقوله
٢٧١	٢	و*كذا	*وكذا
٢٧٧	٤	رحممها	رحمه
٢٨١	١٤	رج	رح
٢٨١	٢٠	رح	رحمهما
٢٨٢	٦	للمشري	للمشتري
٢١٨	٧	تم	ثم

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٢٩٣	١٢	لله	الله
٣٠٠	٦	لا يبراء	لا يبرأ
٣٠٣	١	و لابنية	ولا بينة
٣٠٦	٣	يستقى د	يستقى
٣١٠	٢١	منايا	مناديا
٣١١	٨	ظاهرة	ظاهره
٣١١	٢١	قر	اقر
٣١٥	١	ليظهز	ليظهر
٣١٦	١٥	آحزة	آخره
٣١٨	١٠	فضار	فصار
٣٢٠	٦	يقبلة	يقبله
٣٢٢	٩	لم يحضرة	لم يحضره
٣٢٢	١٣	فحنئذ	فحينئذ
٣٢٣	٨	يرتابوا	ترتابوا
٣٢٣	١٣	ابيع	بيع
٣٣٦	١٩	جدراني	جدرني
٣٣٧	٣	اثباب	اثبات
٣٤٠	٨	المجتجب	المحتجب
٣٤٠	١٠	ادعي	ادعى
٣٤٢	٥	لي	الى
٣٤٤	٧	استجقاق	استحقاق
٣٤٦	٢	غيرئما	غريما
٣٤٧	١٣	شرائه	شراءه
٣٤٧	١٤	غزيم	غريم
٣٥٢	١	ارصي	اوصى

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٣٥٤	١٩	يوءجد	يوجد
٣٥٩	٧	يائين	يأتين
٣٥٩	١٥	لقوله	قوله
٣٥٩	١٥	ولايابى	ولاياب
٣٥٩	١٦	الشهدالاءو	الشهداء إذاما دعواولا
٣٦٣	١١	الامتنا	الامتناع
٣٧٠	٢٠	قليه	قلبه
٣٧٤	٢١	بغفر	يغفر
٣٧٦	١١	زمائنا	زماننا
٣٧٦	١٧	النيته	النية
٣٨١	١٤	تحزر	تحرز
٣٨٦	٦	الطقتان	الطلقتان
٣٨٧	١٢	بخمسائة	بخمسمائة
٣٩١	١٩	اثباب	اثبات
٣٩٦	١٧	آخز	آخر
٣٩٦	—	بمنزله	بمنزلة
٣٩٦	١٨	الشهادءلانة	الشهادةلانه
٣٩٧	٢١	عذ	عند
٣٩٨	١٨	الفوائدالظهرية	الفوائدالظهيرية
٣٩٩	٩	الظهرية	الظهيرية
٤٠٨	٣	رجغتا	رجعتا
٤٠٨	٢٠	رجغ	رجع
٤١٢	١	الولى	الولي
٤١٥	١٧	المدينه	المدينة
٤١٧	١	سلمة	امسلمة

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٤٢٠	١	خالض	خالص
٤٢٦	٤	رائه	رأيه
٤٢٧	١	ولميبين	ولم يبين
٤٢٧	٢١	حكم	حكيم
٤٣٠	٢١	توضيحة	توضيحه
٤٣٣	٢١	بحضرء	بحضرة
٤٣٥	١٨	المحجوح	المحجوج
٤٣٨	١٩	ي	اي
٤٣٩	١٥	يتوفف	يتوقف
٤٤٢	٩	فمعمناه	فمعناه
٤٤٤	٢	معقت	معقب
٤٤٧	٧	لتصرفات	التصرفات
٤٤٩	١٤	الغين	الغبن
٤٥٣	١٣	انة	انه
٤٥٦	٦	رائهما	رأيهما
٤٥٦	٩	الوصيبيين	الوصيين
٤٥٦	١١	وصيبيين	وصيين
٤٦٠	٢١	بينة	بينته
٤٧٨	٨	للتانيدت	للتانيث
٤٧٨	٢٠	فاسد	فاسدة
٤٧٩	٣	بالفقة	بالفقه
٤٨٦	١٧	يرتقع	يرتفع
٤٩٣	٢١	ي	اي
٤٩٥	٣	نبينه	مانبينه
٤٩٥	٥	النا	النار

صفحه	سطر	غلط	صحيح
۴۹۷	۷	بينه	بينة
۵۰۰	۱۵	انتبايعان	المتبايعان
۵۰۴	۱۵	لحرير	تحرير
۵۱۲	۱۰	قهو	فهو
۵۱۵	۱۸	لخمسة	الخمسة
۵۱۹	۳	نه	انه
۵۱۹	۸	حدهما	احدهما
۵۲۰	۴	أثبث	إثبت
۵۳۸	۵	ثنازعا	تنازعا
۵۵۱	۷	ثبوب	ثبوت
۵۵۳	۱۴	قالاولان	فلا ولا ن
۵۹۱	۲۰	شهر	اشهر
۵۹۳	۸	بعتبر	يعتبر
۵۷۸	۱۳	بقيه	بقية
۵۷۹	۱۲	المسبوط	المبسوط
۵۷۹	۱۶	فنيبغى	فينبغي
۵۸۴	۵	للمفر	للمقر
۵۸۴	۱۶	يرعم	يزعم
۵۸۵	۲	صح	صلح
۵۸۵	۲	صح	صلح
۵۸۶	۲	علي	على
۵۸۶	۱۰	العائة	العادة
۵۸۶	۲۰	ثعالى	تعالى
۵۹۰	۱۳	فاذ	فاذا
۵۹۷	۱۱	يجور	يجوز
۵۹۹	۲	و ن	وان
۶۰۰	۳	عصالحه	فصالحه
۶۰۳	۱۷	خمسائة	خمسمائة
۶۰۳	۱۸	خسما ئة	خمسمائة
۶۰۳	۱۸	خسمائة	خمسمائة
۶۰۵	۸	الخسمائة	الخمسمائة
۶۱۰	۱۴	بشرا	بشر
۶۱۰	۱۷	بخسمائة	بخمسمائة
۶۲۰	۲۰	قهي	فهي
۶۲۲	۹	برائك	برأيك
۶۲۳	۲	برائك	برأيك
۶۲۳	۴	برائك	برأيك
۶۲۶	۹	اشترى هم	اشتراهم
۶۲۸	۲	اشثراه	اشتراه
۶۲۸	۳	فيمة	قيمة
۶۲۸	۱۰	لملك	الملك
۶۳۸	۱۷	البئيع	البيع
۶۵۰	۹	بثابث	بثابت
۶۵۲	۲۱	الملتقى	المنتقى
۶۵۶	۱۰	باختلا هما	باختلافهما
۶۶۴	۱۷	مجارا	مجازا
۶۶۵	۲۱	موداه	موداة
۶۶۶	۴	حنئيذ	حينئذ
۶۶۸	۱۴	لايركت	لايركب
۶۶۸	۲۲	فقيه	ففيه

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٦٧٣	٦	التسلتم	التسليم
٦٧٣	١٥	فتحيوا	فحيوا
٦٧٧	٦	المنتعة	المنفعة
٦٧٧	١٥	بمتزلة	بمنزلة
٦٧٧	٢١	متنفعا	منتفعا
٦٧٨	٤	متنفعا	منتفعا
٦٨٦	١٥	الصدقتة	الصدقة
٦٨٨	٨	تقول	نقول
٦٨٨	١٠	لم يثت	لم يثب
٦٨٨	٢٠	التشبية	التشبيه
٦٨٩	٦	آواريا	اوآريا
٦٨٩	٧	سبعتة	سبعة
٦٨٩	٧	المتصلتة	المتصلة
٦٨٩	٨	منفصلتة	منفصلة
٦٨٩	١٨	بني	بنى
٦٩٥	٧	والعتبرة	والعبرة
٦٩٦	١٦	تصحيحة	تصحيحه
٦٩٦	١١	استثناه	استثنائه
٦٩٩	١٠	قيلكت	قبلك
٦٩٩	١٤	الدصقة	الصدقة
٧٠١	٧	الوصيته	الوصية
٧٠١	١٢	مردا	موجودا
٧٠٣	١	ثارة	تارة
٧٠٨	٢١	قوا	قول
٧٠٩	٧	بعينة	بعينه
٧١٢	٦	تعقد	تنعقد
٧١٧	٦	فلايبراء	فلايبرأ
٧١٨	٧	التقئيد	التقييد
٧٢٢	٨	دار	دارا
٧٢٢	١١	تبع	تبع
٧٣٤	٤	لايخوز	لايجوز
٧٣٦	١٥	لاذن	الاذن
٧٣٨	٦	وذالك	ذالك
٧٤٠	١	ليخدمة	للخدمة
٧٤١	١٥	آجرتك	آجرتك
٧٥٠	١٤	السلام	الاسلام
٧٦٤	٤	وضفا	وصفا
٧٧٥	١٥	الولا	الولاد
٧٧٨	٧	ان شاءث	ان شاءت
٧٨٩	٦	ضحت	صحت
٧٩٢	١٥	نضف	نصف
٧٩٤	٣	لابتجرى	لايتجزى
٧٩٨	١٣	ثمام	تمام
٨٠٥	٤	ابراءة	ابراءة
٨١٤	٢٠	موالى	موالي
٨١٥	١٩	يثبث	يثبت
٨١٨	١٥	يكون	تكون
٨٢٥	٤	بقتس	بقتل
٨٢٩	١٩	اوحب	اوجب
٨٣٢	٨	موانقته	موافقته
٨٤٢	٧	فضى	فضل
٨٧٨	١٥	فيوس	فيؤس
٨٨٨	١١	البني	النبي
٨٩٣	٧	غضب	غصب
٨٩٤	١	اذ	اذا
٨٩٤	٩	كالحنشب	كالخشب
٩٠٣	٣	جر	اجر
٩٠٣	١٠	بارل	باول

Hidayah

